جامعة الجزائر

معهد الحقوق و العلوم الادارية
ابن عكنون الجزائر

العلاقة بين نظامي المسؤولية المدنية و مدى جواز الخيرة بينهما في القانون المدني الجزائري

دراسة موازنة

بحث لنيل درجة الماجستير
في العقود و المسؤولية

اعداد : بن رقية بن يوسف

اشراف : الدكتور محمد حسنين

أعضاء لجنة المناقشة

الدكتور ________________ رئيسا

الدكتور ________________ مقررا

الدكتور ________________ عضوا

السنة الجامعية ______/______

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة =

من الناحية الفلسفية الانسان مسؤول لانه كائن مختار. وعليه فهو يتحمل نتائج افعاله وسلوكاته داخل الهيئة الاجتماعية ومن هنا يظهر ان قيمة سلوكه الاجتماعي مرهون الى حد بعيد بجملة من المعايير والضوابط التي تقتضيها تارة المبادىء الخلقية السائدة وتارة اخرى متطلبات التنظيم الاجتماعي الذى يتوخى الامن والاستقرار والعدل ويتطلب من الانسان ان يكون عضوا حيويا وفعالا داخل الجماعة.

واذا كان السلوك الانسان في المجتمع على هذا النحو قيمة اخلاقية ودينية، فان قيمة افعاله يجب ان تقاس من هذه الزاوية، اى بمدى توافقها مع الاخلاق او الدين بحسب الاحوال. فاذا ثبت في موقفه الاجتماعي وتصرفاته المختلفة اى انحرافا عنهما قامت مسؤوليته الاخلاقية او الدينية اتباعا.

وهذه القواعد ليست هي الوحيدة التي تنفرد بتنظيم سلوك الفرد في المجتمع. فالى جانبها توجد القواعد القانونية. وهي قواعد موجبة للاحترام على الكافة، لانها تجسد المصلحة العليا للارادة الجماعية، كما انها من ناحية اخرى تقتضيها ضرورات الحياة داخل الجماعة. فاذا اخل الفرد بها، قامت مسؤوليته القانونية.

فما المقصود اذن بمصطلح المسؤولية ؟

ان كلمة المسؤولية، كلمة غير دقيقة، يكتنفها الغموض واللبس. وهي في اللغة الفرنسية تفيد معنى " تحمل نتائج الفعل المرتكب " وهو المعنى الذى

./.

لا يختلف كثيرا عن المعنى المستعمل في اللاتينية • حيث نجدها تستعمل بمعنى " الاجابة عن الفعل "ولقد تاكد ذات المفهوم تقريبا في القواميس الفرنسية الحديثة التي اعتبرت المسؤولية ، بمثابة "الالتزام لضمان الافعال" ولكن معناها في فقه الشريعة الاسلامية ،فهو ينصرف الى معنى الضمان "(1)

ولا شك ان مجال المسؤولية بهذا المعنى ،مجال واسع ومتشعب المسالك يصعب في الكثير الاحاطة بكل جوانبه ،لذلك ،ارتايت ان اضيق من نطاق هذه الدراسة واقصر بحثها في المجال القانوني فقط ،وذلك بمحاولة تسليط الضوء علىمشكل من مشاكل المسؤولية المدنية ،التي تعد بمثابة القلب النابض للمسؤولية القانونية بصفة عامة • وهذا الموضوع هو " العلاقة بين نظامي المسؤولية المدنية ومدى جواز الخيار بينهما " •

ولقد راودني هذا الموضوع منذ زمن بعيد • واستهواني فيه الجانب الفني الكبير الذى يمتاز به والاشكاليات القانونية التي يثيرها على الصعيدين الفقهي والقضائي وما يمكن ان يكون لهما من وقع على المستوى التشريعي •

ولقد ثبت لي ،بعد طول صبر ،ان الخوض في مثل هذه المواضيع هو امر محفوف بالمخاطر • • • لان هذه الدراسة لا تنشغل بتوضيح وتبسيط بعض المفاهيم القانونية التي بلورتها الارادة الشارعة ،وانما تُعنى اساسا بمحاولة بيان العلاقة الموجودة بين بعض الانظمة القانونية •

---

(1) اونطوان فيالار ،القانون المدني ،المسؤولية المدنية O.P.U ،1978 ـ ص 2 وما بعدها •

د • نور الدين تركي ،الالتزامات ،المسؤولية المدنية والنظام العام ،1982 رقم 56 ـ ص43 •

ودراسة موضوع العلاقات بين الانظمة المختلفة في شتى مجالات المعرفة الانسانية هي دراسة تفوق في اهميتها وخطورتها دراسة الانظمة ذاتها • لذلك فضلت ان يندرج بحثي في نطاق " العلاقة بين نظامي المسؤولية المدنية " علما ، بان هذا لم يكن هو غايتي بل وسيلتي للوصول الى نتيجة وهي امكان او عدم امكان الخيار بين الدعوى العقدية والدعوى التقصيرية " •

والمسؤولية المدنية كما هو معلوم • شكل من اشكال المسؤولية القانونية المتنوعة • والمسؤولية القانونية ايضا شكل من اشكال المسؤولية وبالجملة فان المسؤولية اما ان تكون اخلاقية وهذه هي المسؤولية الاخلاقية واما ان تكون دينية وهذه هي المسؤولية الدينية واما ان تكون قانونية وهذه هي المسؤولية القانونية •

واختلاف اشكال المسؤوليات على هذا النحو تقتضيه في حقيقة الامر الاختلاف الجوهري الموجود بين كل من قواعد الاخلاق وقواعد الدين وقواعد القانون (1) •

والمسؤولية الاخلاقية للشخص لا تقوم الا اذا امكن تصور حكم الذات على السلوك وهو حكم يجد اساسه في الذنب المقترف وما يمكن ان ينجر عنه من توبيخات في الشعور او تانيب في الضمير الفردى او الجماعي •

اما المسؤولية القانونية فهي الالتزام بتحمل نتائج الافعال الضارة التي ترتكب عن طريق فرض جزاءات قانونية من طرف السلطة المكلفة بشؤون الجماعة • ويتخذ الجزاء القانوني صورا متعددة بحسب تنوع المسؤولية القانونية الى جنائية او مدنية او ادارية •

ومن الملاحظ ان المسؤولية الجنائية تختلف عن المسؤولية المدنية من وجوه عديدة ، وترجع اهم هذه الفروق الى اختلافهما في الهدف حيث يتمثل هدف الاولى في الدفاع عن الهيئة الاجتماعية ضد كل الافعال الخطرة التي من شانها المساس بكيان المجتمع وقيمه الاساسية في حين يقتصر دور الثانية على الدفاع عن حقوق الافراد الخاصة من جراء ما يمكن ان يلحقهم من اضرار .

ومن المفيد ان ننوه ان نطاق المسؤولية الجنائية محكوم بقاعدة شرعية الجريمة والعقوبة ومن ثم فهي لا تقوم الا اذا وجد نص جنائي يجرم الفعل ويحدد له عقوبة (المادة 1 من القانون الجنائي الجزائري) في حين ان نطاق المسؤولية المدنية على العكس هو نطاق واسع يشمل كل الافعال الضارة دون تمييز او حصر (انظر المادة 124 من ق م . الجزائري) .

كما يتجلى الاختلاف بينهما ايضا في الاساس الذى تقومان عليه فبينما يشترط لقيام المسؤولية الجنائية دائما وقوع خطأ جنائي اى انحراف معاقب عليه بنص القانون ، فانه لا يشترط لقيام المسؤولية المدنية في كل الاحوال تحقق الخطأ بل يمكن تصور قيامها احيانا حتى بدون الخطأ (1) .

واخيرا يمكن ان نشير الى اختلافهما في الجزاء الذى يتخذ في المسؤولية الجنائية صورا واشكالا مختلفة ومتنوعة بحسب درجة خطورة الجرائم على اساس تناسب محكم بين درجة الخطأ والعقوبة المقررة ، في حين ان الجزاء في المسؤولية المدنية في الاصل ، يتحدد وفق درجة الضرر ، على اساس قاعدة تناسبية ايضا ، ولكن بين " الضرر والتعويض " .

---

(1) ومثالها مسؤولية المتبوع عن افعال تابعه والمنصوص عليها في المادة 136 مدني جزائري .

./.

وآيـة ذلـك هـي انـه لا يمكـن قيـام المسـوؤلية المدنيـة بـدون ضرر (1) وان امكـن تصـور قيـام المسـوؤلية الجنائيـة بـدونـه •

عـلى ان هـذا الاختـلاف بينهمـا فـي الطبيعـة والاسـاس والنطـاق والجـزاء لا يحـول دون قيـام عـلاقـة وطيـدة بينهمـا والتـي تظهـر بصفـة خاصـة فـي (2) الاحوال التـي يكـون فيهـا الفعـل المرتكـب مجرمـا وفـي نفـس الوقـت قـد تـرتـب عنـه ضـرر للغيـر• فهنـا يكـون المسـؤول عـن الضـرر، مسـؤولا جنائيـا فـي مواجهة المجتمـع ومدنيـا فـي مواجهـة الضحيـة •

وعـلى هـذا الاسـاس نجـد بان العلاقـة او هـذا الارتبـاط بينهمـا يظهـر مـن ناحيـة تاثيـر الدعـوى المدنيـة عـلى الدعـوى العموميـة احيانـا او مـن نـاحيـة تاثيـر هـذه الثانيـة عـلى الاولـى فـي غالـب الاحيـان •

والتاثيـر الـذى يكـون للدعـوى المدنيـة عـلى الدعـوى العموميـة يظهـر خاصـة فـي السلطـة المباشـرة المخولـة لضحيـة الضـرر فـي تحريـك رد الفعـل الاجتمـاعـي ، حيث تصبـح طرفـا مدنيـا فـي الـدعـوى العموميـة (راجـع المواد من 1 الى 4 مـن قانون الاجـراءات الجـزائية الجـزائرى) •

واما تاثيـر الدعـوى العموميـة عـلى الدعـوى المدنيـة فهـو باختصـار محكـوم لقـواعـد ثلاث• قاعـدة ان الحكـم الجنائـي يوقـف الحكـم المدنـي (م 2/4 اجـراءات جـزائيـة) ، وقاعـدة قـوة الشـيء المقضـي بـه فـي الجنائـي لـه حجيـة عـلى الحكـم المدنـي (م 2/4) واخيـرا قاعـدة ارتبـاط التقادم المدنـي بالتقادم الجنائي التـي يعرفهـا القانون الفرنسي خاصة (3) •

---

(1) انطوان فيالار، المرجع السابق – ص 3 وما بعدها • نور الدين تركي، المرجع السابق رقم 10 – ص 17 وما بعدها •

(2) والظاهر ان هذه القاعدة الاخيرة، وان كانت تسود في القانون الفرنسي فان المشرع الجزائرى على ما يبدو لم يؤثر عليها بل فضل قاعدة استقلال تقادم الدعوى المدنية عن تقادم الدعوى الجنائية (م 10 ق ١٠ ج) ومع ذلك نجد بعض الفقهاء عندنا يقولون

•/•

تلك هي اهم ما يمكن ان يثار من نقاط في علاقة المسؤولية الجنائية بالمسؤولية المدنية · ولكن ما طبيعة العلاقات المثارة في نطاق المسؤولية المدنية بين نظاميها التقصيري والتعاقدي وهل توجد حقيقة مسؤوليتان ، مسؤولية عقدية تترتب على الاخلال بالالتزام ومسؤولية تقصيرية تترتب على الانحراف في السلوك ·؟

واذا سلمنا بوجود نظامين للمسؤولية المدنية فهل يجوز للمضرور عقديا ان يحتج ان كانت هذه هي رغبته بالقواعد العمومية للمسؤولية التقصيرية لما توفره له احيانا من مزايا لا يجدها في النظام التعاقدي ، واذا كان لا يجوز له ذلك · فما هو السبب او الاسباب القانونية التي تمنعه من ذلك؟ وهل يعتبر قيام المسؤولية العقدية بين الطرفين في حد ذاته شرطا كافيا لاستبعاد المسؤولية التقصيرية التي تعد من النظام العام ام على العكس ان من شان هذه المسؤولية التقصيرية ان تتدخل في اى وقت لانها اسمى من المسؤولية العقدية وسابقة في الوجود عليها كاسبقية القانون على العقد ؟ وهل يعتبر القانون حقيقة سابقا في الوجود على العقد ، ام انه فقط ذلك العقد الاجتماعي " الذى نادى به الكثيرون · واذا كان الامر كذلك فهل يسوغ اعتبار القانون بمثابة "العقد الاجتماعي العام" بين كافة اعضاء المجتمع قياسا على ما تقرره اغلب التشريعات الحديثة من ان " العقد هو القانون الخاص للعاقدين " ؟

هذه اجزء من شكل مترامي الاطراف، حاولت ان احسمها في هذا البحث· ولقد ركزت في البداية على ما اثاره القانون والعقد من معضلات كثيرة على صعيد المسؤولية وعلى الاخص في نطاق المسؤولية الناشئة عن العقد او تلك التي تنشأ عن القانون · لذلك عكفت على توضيح العلاقة بينهما ·

بقاعدة ارتباط التقادم المدني بالتقادم الجنائي ومن هؤلاء الاستاذ " لورجا ن احمد " راجع مؤلفه خ " التقنين الجزائرى للاجراءات الجنائية " طبعة 1977 - ص13 ·

·/·

وفي هذا الاطار صادفت اتجاهين متعارضين ،الاول يؤمن بالاختلاف القائم بين فكرة القائم بين فكرة القانون وفكرة العقد حيث يعتبرهما شيئين مختلفين من حيث الطبيعة والجوهر ويقرر بان من شأن هذا الاختلاف بينهما ان يؤدى حتما الى اختلاف جوهرى بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية . وهذا الاتجاه هو الاتجاه التقليدى ،ويضم تقريبا الغالبية العظمى للفقهاء ،ويقرر بان المسؤولية المدنية مزدوجة من حيث الطبيعة كازدواج العقد والقانون تماما .

غيران هذه النتائج التي قدمها انصار هذا التيار الفقهي كذبتها معطيات جديدة ابرزها التطور الحديث لقانون المسؤولية المدنية التي اصبحت تعني في رى البعض الاخر ،ذلك الجزاء المترتب على الاخلال بالالتزام الذى يفرضه العقد تارة او القانون تارة اخرى ،اى ان المسؤولية المدنية هي جزاء الاخلال بالتزام سابق

وبناء على هذا التحليل ،يقرر اصحاب هذا الراى بفكرة وحدة المسؤولية المدنية وليس بازدواجها .

وبعد ان فرغت من دراسة هذين الاتجاهين ،حاولت ان استشف النزعة التشريعية الحالية لقانوننا في مادة المسؤولية المدنية دون ان اغفل اتجاه القضاء الفرنسي في هذا الشان .

ولقد واجهت في تفسيراتي لبعض النصوص صعوبات كثيرة ،لذلك استانست ببعض التفسيرات القانونية الاخرى وهذا الامر ،قد اقحمني في دراسة موازنة بين بعض القوانين كالقانون الفرنسي والقانون المصرى باعتبارهما المصدرين التاريخيين لقانوننا الجزائرى .

وبعد ان حددت موقف مشرعنا من هذه الاتجاهات القانونية المختلفة ، عكفت على بحث العلاقة القائمة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية وهل كانت تسمح مثل هذه العلاقة بينهما باجراء " الخيرة " .

ولتقرير هذه النتيجة او رفضها ،وجدت نفسي ملزما بتحليل مختلف الاراء الفقهية المتناولة لهذا الموضوع،والتي تبلورت ايضا في اتجاهين متعارضين "اتجاه يؤيد الخيرة واخر يرفضها" - فبينت دعائمهما وقيمت نتائجهما على الصعيدين القضائي والقانوني .

وعلى ضوء هذه الحقائق ،قسمت الموضوع الى بابين رئيسيين مهدت لهما بفصل تمهيدي خصصته للتطور التاريخي للمسؤولية المدنية .

اما الباب الاول فبحثت فيه العلاقة بين نظامي المسؤولية المدنية ولقد قسمت هذا الباب الى اربعة فصول ،خصصت الاول لنظرية الازدواج والثاني لنظرية الوحدة والثالث للتنظيم التشريعي الحالي للمسؤولية المدنية والرابع لنطاق كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية .

واما الباب الثاني فعالجت فيه قانون "الخيار" ولقد قسمت هذا الباب بدوره الى خمسة فصول ،بحثت في الاول مزايا المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية وفي الثاني مفهوم الخيرة ونطاق تطبيقه . وفي الثالث نظرية الخيرة وفي الرابع نظرية عدم الخيرة . وفي الخامس الاتجاه التوفيقي بين النظريتين ثم خاتمة بينت فيها النتائج التي اسفرعنها هذا البحث .

الفصـل التمهيـدى

لقد رايت ان اتناول في هذا الفصل التمهيدى مفهوم الضمان وذلك ببيان مقوماته الاساسية واركانه وشروطه وذلك لمعرفة ما اذا كان فقهاؤنا قد عرفوا تمييزا بين المسوءولية العقدية والمسوءولية التقصيرية ام انهم انفردوا باسلوب خاص في تنظيم "المسوءولية المدنية" .

وبعد ان انتهيت من بيان الافكار التي تحكم الضمان في فقه الشريعة ، حاولت الوقوف على وضع المسوءولية المدنية في القانون الروماني والبحث فيما اذا كان يسمح نظامه باثارة مشكل الخيرة اوكان لا يسمح به . ولقد تتبعت تطور المسوءولية المدنية حتى وقتنا الحاضر دون ان اغفل الاتجاهات الفقهية الحديثة الرامية الى توحيد المسوءولية المدنية .

وهكذا تضمن هذا الفصل التمهيدى المباحث التالية :-

- المبحث الاول = مفهوم الضمان في الشريعة الاسلامية ومقوماته الاساسية .
- المبحث الثاني = في وضع المسوءولية المدنية في القانون الروماني .
- المبحث الثالث = المسوءولية المدنية في القانون الفرنسي القديم .
- المبحث الرابع = المسوءولية المدنية في القانون الفرنسي الحديث .
- المبحث الخامس = الاتجاه الفقهي الرامي الى توحيد المسوءولية المدنية .

./.

المبحث الاول = مقومات الضمان في الشريعة الاسلامية .

دراسة اسس الضمان في الشريعة تستدعي البحث في ماهيته ببيان اركانه وشروطه وذلك لتوضيح العلاقة بينه وبين فكرة المسؤولية القانونية المدنية التي تحفل بها التشريعات الحديثة .

اولا = (1) الضمان =

أ) ماهيته =

الضمان لغة . هو الالتزام ،فيقال انا ضامن للشيء اى التزمته . اما اصطلاحا فهو يعرف عادة بانه واجب رد الشيء او بدله بالمثل او بالقيمة او هو رد "مثل الهالك او قيمته " ويعرفه البعض بانه عبارة عن "غرامة التالف" وتعرفه مجلة الاحكام العدلية في المادة 4/6 بانه "اعطاء مثل الشيء ان كان من المثليات وقيمته ان كان من القيميات" على ان التعريف الذى تؤثر عليه هو ذلك التعريف الذى كان يقول به الاستاذ الزرقا والذى اعتبر الضمان بمثابة التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير" (2) وهو التعريف الذى يصدق في راينا كذلك على المسؤولية المدنية .

وجدير بالملاحظة هو ان فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة يستعملونه بمعنى الكفالة احيانا .

فتقول المالكية بان الضمان هو شغل ذمة اخرى بالحق . وتقول الشافعية ان الضمان لغة هو الالتزام ،وشرعا يقال الالتزام في رايهم " حق ثابت في ذمة الغير او احضار من هو عليه او عين مضمونة " .

---

(1) د . وهبة الرحيلي ،نظرية الضمان او احكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي ،دار الفكر،الطبعة الاولى - 1970 - ص15 .

(2) الاستاذ الزرقا - المدخل الفقهي . ،فقرة 648 - ص1017 مشار اليه في د . وهبة الدخيلي ،المرجع المذكور - ص16 .

./.

اما الضمان في راى الحنابلة فيراد به " ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق .

ومن الواضح ان الضمان بمعنى الكفالة لا يهمنا في هذه الدراسة وانما الاهم في الدراسة والبحث هو الضمان بمعنى الالتزام بالتعويض عن الضرر الذى يصيب الغير.

ب) اركانه ودعائمه=

المبدأ المقرر في فقه الشريعة الاسلامية هو ان لا وجوب لضمان الشيء اذا انتفى معنى التضمين . الذى يقوم على دعامتين اثنتين=
- الاعتداء من جهة والضرر من جهة اخرى .

اما الرابطة بين الاعتداء والضرر مباشرة (1) او تسببا فهي في راى الفقهاء المسلمين من قبيل عدم وجود المانع للسبب . والمانع للسبب في الراجح عندهم هو الامر الذى يلزم من وجوده عدم تحقق السبب .

والاعتداء باعتباره ركنا من اركان الضمان يفيد معنى التجاوز عن الحد . ويراد به عند الفقهاء الظلم والعدوان اى مجاوزة الحق (2) .

على ان القياس الذى يعتمد لمعرفة ما اذا كان الشخص معتديا ام لا هو مقياس الرجل المعتاد . اى ان الضابط هو الانحراف عن السلوك المالوف للرجل العادي.وهذا المعيار عند الشرعيين موضوعي لا ذاتي ،اى ينظر الى الاعتداء على انه واقعة مادية محضة يترتب عليها المسؤولية (3) بقطع النظر عن شخص المعتدى واهليته وهل كان يقصد اولا يقصد مثل هذا الاعتداء.

---

(1) نور الدين تركي ،الالتزامات، 1982 ،فقرة 59 - ص43 .

(2) في هذا المعنى د . فوزى فيض الله ،المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون على الالة الكاتبة - ص190 وكذلك في فصول من الفقه الاسلامي العام - ص54 مشار اليها في د . وهبة الزحيلي ،المرجع السابق - ص19 وما بعدها .

(3) د .السنهورى - مصادر الحق - طبعة 1959 - ص161 .

./.

ففي ضمان الاموال مثلا ،لا فرق بين العمد والخطأ سواء كان المعنى كبيرا او صغيرا ولو ان بعضا من المالكية يقولون "لا شيء على الصبي غير المميز فيما اتلفه من نفس او مال" .

ولكن في ضمان الانفس، ينبغي التمييز بين القتل العمد والقتل الخطأ ،فيقتص من الكبير دون الصغير . وهذا ما اكده الشاطبي في قوله "ان الخطأ في الحكم بالتضمين بالاموال مساو للعمد في ترتب الغرم في اتلافها" .

ويتحقق التعدى ايجابيا اوسلبيا ،ولا اختلاف لحكم الضمان فيه(1) فالاتلاف مثلا يعد من الافعال الايجابية الموجبة للضمان ،اما ترك حفظ الوديعة مثلا فهو فعل سلبي يستوجب كالفعل الايجابي تماما الضمان . ويستوى في ذلك ان يكون التعدى حاصلا بالمباشرة او بالتسبب .

ومن المفيد ان ننوه ،الى ان حالة الضرورة عند جمهور الفقهاء ، ليست سببا للاعفاء من الضمان ،وذلك اعمالا لقاعدة شرعية مقررة عندهم هي "ان الاضطرار لا يبطل حق الغير" (2) .

والاعتداء ،في الاصل غير مباح ولا ماذون به شرعا ،ولكن اذا اصبح فعلا مرخصا به شرعا كما في حالة الدفاع عن النفس والمال والعرض اوكان الترخيص بهذا الفعل صادرا من ولي الامر الحاكم ،ففي مثل هذه الاحوال لا يكون مستوجبا للضمان وذلك تطبيقا للقاعدة الشرعية التي مفادها "الجواز الشرعي ينافي او ينفي الضمان" .

ومقتضى هذه القاعدة ـ ان الانسان حر التصرف في ملكه ولا يقيد حقه

---

(1) الشاطبي ،الموافقات ،ج 2 ،ص 347 .

(2) د .وهبة الزحيلي ،نظرية الضرورة الشرعية ،ص 299 ومابعدها .

./.

في ذلك حتى ولو تضرر الاخرون . لانه يتصرف في خالص ملكه . وهذه القاعدة تذكرنا بما كان سائدا لدى القانونين من نظرية الاستعمال المطلق للحق التي رفضت فكرة التعسف في استعماله .

والجدير بالذكر، ان مذاهب الفقهاء في التعسف في استعمال الحق مختلفة . فابو حنيفة والشافعي وداود الظاهرى يرون ان الانسان حر التصرف في حقه ولو تضرر الغير . فلا يسأل عن الضرر عملا بقاعدة " الجواز الشرعي ينفي الضمان " .

ولكن لا يصح ديانه عند ابي حنيفة "اتخاذ حق الملكية سبيلا الى الاضرار بالناس . ولان حديث لا ضرر ولا ضرار فيه دليل قاطع على تحريم الضرر على اى صفة كان من غير فرق بين الجار وغيره .

ويرى البعض الاخر، من الفقهاء ، ان حرية المالك في ملكه من حيث الاصل هي مطلقة مالم ينشأ اى ضرر للاخرين . ولقد اشترطوا في هذا الضرر ان يكون فاحشا ، اذ لا ضرر ولا ضرار ودرء المفاسد مقدم على جلب المغانم . وتصرف الانسان في خالص ملكه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره .

اما مالك واحمد ، فيجعلون للمالك الحق في ان يتصرف في ملكه بشرط الا يكون قاصد الاضرار بالاخرين او ان يترتب بالفعل على تصرفه اضرار للغير . فاذا ثبت ان صاحب الحق قد قصد الضرر او ان الضرر بالفعل قد حصل للاخرين من جراء استعماله له ، وجب منعه وعند الحصول ازالته عملا بالحديث " لا ضرر ولا ضرار " ويبين مما تقدم ان التعسف عند هؤلاء قد اسس على معيار ذاتي نفساني ومن امثلة ذلك ، هدم البناء الذى يكون قد بني بقصد منع الضوء والشمس عن الجار (1)

(1) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم - ص 264 مشار اليه في د . وهبة الزحيلي ، المرجع السابق - ص 24 وما بعدها .

./.

(+) - اما عن الضرر باعتباره ركنا من اركان الضمان ، فيعني به الحاق ايذاء بالشخص او مفسدة به سواء في ماله او جسمه او عرضه او عاطفته(1) . فهو يشمل الضرر المادى كتلف المال والضرر الادبي كالاهانة التي تصيب كرامة الانسان او سمعته سواء كان ذلك بالقول كالقذف والشتم او بالفعل الايجابي كالضرب او بالفعل السلبي كامتناع عن تشييد بناء آيل للسقوط .

كل هذه الاضرار - مادية كانت او ادبية - اذا كانت محققة الوقوع تستوجب الضمان في العرف الحاضر . الا ان جمهور فقهاء الاسلام اقتصروا في تعويض الاضرار على النواحي المادية دون المعنوية .

ومع ذلك فقد قرر ابو يوسف ومحمد (الصاحبان) انه يجب التعويض عن الضرر الادبي في حالة الالم الجسماني .

واما التعويض عن الضرر الحاصل من جراء ضياع مصلحة ، فهو وان لم ينص عليه فقهاء الاسلام الا انه يمكن للحاكم ان يحكم به بناء على القواعد العامة التي تنفي وقوع الضرر وتطالب بضمان الاضرار الناجمة عن الفعل بسبب تقصير او اهمال او عدم احتراز وكذا الاضرار المتعارف عليها بين الناس . عملا بقاعدة "الضرر يزال" وبقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" وبقاعدة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا" .

واما الربطة بين التعدى والضرر فهي على نوعين ، اما مباشرة او تسببا . وتعتبر الاساس الثالث الذى يقوم عليه الضمان في فقه الشريعة الاسلامية (2) وعليه لا ضمان في غير المباشرة او التسبب .

---

(1) الحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة ، سنة 1948 - ص169 .

(2) يلاحظ ان هذا الاساس لا ينطبق عليه في الراجح وصف الركن لان الضمان له ركنان فقط كما راينا والركن هو ما يتوقف عليه وجود الشيء . اما الاساس فيعني اشتراط عدم المانع للسبب والمانع للسبب هو الامر الذى يلزم من وجوده عدم تحقق السبب . (راجع في ذلك د . فوزى فيض الله . المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون ، المرجع السابق ص318) .

./.

وهذه الرابطة تكون على سبيل المباشرة اذا ثبتت علة التلف او بمعنى اخر ان التلف في العرف او في العادة ينسب الى الشخص مباشرة او في عبارة ساوية تتحقق المباشرة عند ما يتصل فعل الانسان بغيره ويحدث منه هو التلف كما لو جرح انسان غيره او ضربه فمات.

ولكن هذه الرابطة تكون على سبيل التسبب اذا اتصل فعل الانسان بغيره لا حقيقة فعله ،فيتلف به كمن حفر بئرا فوقع شخص اخر فيه فمات فان اثر الحفر هو الذى اتصل بمن وقع فيه فمات وعلى هذا النحو لم يكن التلف حاصلا بسبب الحفر اى انه لم يحدث بحقيقة الفعل وذلك لان عملية الحفر متصلة بالمكان وغير متصلة بما وقع في البئر (1) .

ويؤيد مسلك فقهائنا هذا ،ما راحت اليه المجلة العدلية في تعريفها الاتلاف مباشرة والاتلاف تسببا . فقالت" ان الاتلاف مباشرة هو اتلاف الشيء بالذات ويقال لمن قام به فاعل مباشر (المادة 887)اما الاتلاف تسببا فهو السبب في تلفه اى احداث امر في الشيء يفضي الى تلف شيء اخر على جرى العادة ويقال لفاعله متسببا . كمن قطع حبل قنديل معلق فسقط على الارض. ففي هذه الحالة يكون قد اتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا .

وبناء على ما تقدم ،يصبح المباشر هو من تسبب بفعله تلف الشيء من غير ان يتخلل بين فعله والتلف اى فعل مختار ولكن المتسبب هو من حصل التلف بفعله ولكن حصل فعل مختار بين فعله والتلف .

---

(1) كشف الاسرار على اصول البزدوى . مجلد 2 - ص1269 - مشار اليه في د . وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص28 .

./.

وهذه الرابطة تكون على سبيل المباشرة اذا ثبتت علة التلف او بمعنى اخر ان التلف في العرف او في العادة ينسب الى الشخص مباشرة او في عبارة ساوية تتحقق المباشرة عند ما يتصل فعل الانسان بغيره ويحدث منه هو التلف كما لو جرح انسان غيره او ضربه فمات.

ولكن هذه الرابطة تكون على سبيل التسبب اذا اتصل فعل الانسان بغيره لا حقيقة فعله ،فيتلف به كمن حفر بئرا فوقع شخص اخر فيه فمات فان اثر الحفر هو الذى اتصل بمن وقع فيه فمات وعلى هذا النحو لم يكن التلف حاصلا بسبب الحفر اى انه لم يحدث بحقيقة الفعل وذلك لان عملية الحفر متصلة بالمكان وغير متصلة بما وقع في البئر (1) .

ويؤيد مسلك فقهائنا هذا ،ما راحت اليه المجلة العدلية في تعريفها الاتلاف مباشرة والاتلاف تسببا . فقالت" ان الاتلاف مباشرة هو اتلاف الشيء بالذات ويقال لمن قام به فاعل مباشر (المادة 887)اما الاتلاف تسببا فهو السبب في تلفه اى احداث امر في الشيء يفضي الى تلف شيء اخر على جرى العادة ويقال لفاعله متسببا . كمن قطع حبل قنديل معلق فسقط على الارض، ففي هذه الحالة يكون قد اتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا .

وبناء على ما تقدم ،يصبح المباشر هو من تسبب بفعله تلف الشيء من غير ان يتخلل بين فعله والتلف اى فعل مختار ولكن المتسبب هو من حصل التلف بفعله ولكن حصل فعل مختار بين فعله والتلف .

---

(1) كشف الاسرار على اصول البزدوى . مجلد 2 ـ ص1269 ـ مشار اليه في د . وهبة الزحيلي ـ المرجع السابق ـ ص28 .

./.

وهكذا يلزم الضمان كله ان وجدت المباشرة وحدها كالهدم والكسر ونحو ذلك . اما عند وجود التسبب وحده فلا يقوم الضمان الا بتوافر جملة من الشروط هي =

1 - حدوث تعد من فاعل السبب .

2 - ان يؤدى السبب الى النتيجة قطعا دون تدخل سبب اخر حسب المادة .

3 - الا يتخلل بين السبب فعل شخص اخر والا نسب الفعل اليه مباشرة (1) .

هذا ومن المفيد ان ننوه الى الخلاف القائم بين الفقهاء في تقدير وجود السبب في بعض الحالات على الرغم من اتفاقهم في الجملة على شروط الرابطة بين التعدى والضرر كما راينا . والواقع ان مسالة تقدير وجود او عدم وجود السبب امر في فقه الشريعة يتنوع بتنوع الوقائع والملابسات التي تحيط بالقضية (2) .

<u>جـ - شروط الضمان =</u>

لقد سبق ان اوضحنا ان الضمان لا يقوم الا اذا قام ركن التعدى والضرر وتوافرت الرابطة بينهما سواء حصلت المباشرة او التسبب . ولكن قد تحدث احيانا ،عوامل اخرى خارجية ،عدا السبب الاصلي في احداث الشرر ،كان يشترك شخصان فاكثر في التعدى او يترتب على فعل التعدى الواحد سلسلة من الاضرار . وهذه الفروض تثير مشكلة وجود او عدم وجود الرابطة للقول بالضمان او ننفيه .

---

(1) راجع المادة 924 وعلى الاخص المادة 925 من المجلة العدلية التي تقرر ما يلي = "لو فعل احد فعلا يكون سببا لتلف شيء واحل في ذلك الوقت فعلا اختياريا يعني لو اتلف اخر ذلك الشيء مباشرة ،يكون ذلك الفاعل المباشر صاحب الفعل الاختياري ضامنا " .

(2) راجع في تفصيل ذلك د. وهبة الرحيلي ،المرجع السابق - ص 31 وما بعدها .

./.

1 - حدوث سبب اخر في احداث الضرر =

قد يتسبب شخص في احداث الضرر . لكن فعله لا يكون هو وحده السبب في ذلك . كان تشترك القوة القاهرة او الحادث المفاجيء او خطا من المصاب ذاته او خطا من الغير . في مثل هذه الحالات تقرر ،عدم مساءلة المتسبب الاول عن الضمان فيما عدا حالة الغصب عملا بالقاعدة الفقهية القاضية بانه "عند ما يجتمع فعل المباشر والمتسبب معا اضيف الحكم الى المباشر وحده وهو الحكم الذى تبنته المجلة العدلية في مادتها 90 .

اما اذا قامت القوة القاهرة ،فان الضمان ينتفي اتباعا . "لان ما لا يمكن الاحترازعنه لا ضمان فيه" والقوة القاهرة - في فقه الشريعة الاسلامية تفيد حصول امر خارجي يتعذر على الانسان دفعه ولا يمكن الاحترازعنه (1) وهي تتميزعن الحادث الفجائي ،في راى البعض، حيث يرون بان التلف الحاصل ،في الحالة الثانية ،يكون قد وقع بفعل يستطيع الانسان دفعه ولكنه فوجيء به في، مكان مامون في العادة . وبناء عليه يجب على الشخص ان يضمن التلف في هذه الحالة . لقدرته على تقاديه ولا يضمنه في حالة وقوع القوة القاهرة لعدم قدرته على تقاديها .

+ خطا المضرور او المصاب =

في هذه الحالة يكون الضرر قد وقع" من المصاب بالرغم من وجود "متسبب له" والواقع ان المسالة فيها خلاف. اتجاه يقضي بقيام الضمان على عاتق المتسبب واتجاه اخر ينفي وجوده على كاهله ،عملا بالقاعدة التي تقضي بانه اذا اجتمع المباشر والمتسبب اضيف الحكم الى المباشر . .

---

(1) الشيخ محمود شلتوت، المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الاسلامية ص32 وما بعدها مشار اليه في د . وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص36 .

./.

+ خطأ الغير =

اذا وقع الضرر بفعل الغير، فهل يقوم الضمان على كاهل المتسبب ام يقوم الضمان على الغير ام انهما يشتركان في الضمان؟

والواقع ان هذا الغير يكون هو المباشر في التلف فيتحمل وحده عبء الضمان عملا بالقاعدة الشرعية السالفة.

+ تعدد الاسباب =

قد تتعدد الاسباب احيانا في احداث الضرر، فهل تقع المسؤولية على هؤلاء المتسببين جميعا أم ينفرد احدهم بها دون سواه، المسالة فيها تفصيل، والاجابة عنها مرهونة بطبيعة افعال هؤلاء المشتركين في احداث الضرر، اى هل كانت افعالهم جميعا قد سببت التلف مباشرة او تسببا ام ان افعال البعض قد احدثت الضرر مباشرة وافعال البعض الاخر قد احدثته تسببا.

فان كانت افعالهم من طبيعة واحدة بان كانوا مباشرين او متسببين ففي هذه الحالة قامت مسؤوليتهم جميعا، بحسب نصيب كل واحد منهم في الاتلاف.

ولكن اذا حصل تفاوت في افعالهم، فانه يقدم الاقوى من الاسباب عند المالكية والحنابلة وقياسا عند الحنفية.

وعند اختلاف افعال المعتدين بان يكون فعل بعضهم مباشرا وفعل البعض الاخر تسببا، طبقت القاعدة الفقهية السالفة " اذا اجتمع المباشر والمتسبب اضيف الحكم الى المباشر ".

غير ان هذه القاعدة مقيدة ببعض الاستثناءات =

./.

الاستثناء الاول خاص بضمان المتسبب وحده = فاذا كان المتسبب هو العامل الرئيسي في احداث الضرر وذلك كأن يتغلب السبب على المباشر. والاستثناء الثاني خاص بقيام الضمان على المتسبب والمباشر معا • فاذا اجتمع المتسبب والمباشر في التلف وكان فعل كل واحد منهما مساويا في الاثر فانهما يشتركان في الضمان •

والخلاصة هي ان الضمان في الاصل لا يقع الا على المباشر في احداث الضرر.

ولكن المتسبب قد ينفرد وحده بالضمان اذا كان لفعله الدور الاهم في التعدى •

وفي ظروف اخرى يشترك المباشر والمتسبب في الضمان اذا تساوى خطؤهما من حيث القوة والاثر بحيث لو ترك كل واحد منهما على انفراد لادى الى النتيجة •

ومن خلال هذه الدراسة الوجيزة لفكرة الضمان في الشريعة الاسلامية يظهر بان اركان المسؤولية المدنية (عقدية او تقصيرية) في فقه القانون هي ذاتها في الشريعة الاسلامية •

ثانيا - العلاقة بين الضمان الشرعي والمسؤولية القانونية المدنية =

لقد تقرر قانونا ،بانه في حالة عدم امكان تنفيذ الالتزام العقدى عينا حكم على المدين بالتعويض. (وهذه هي المسؤولية العقدية) (م 176 م •جزائرى) ويعتبر عدم تنفيذ الالتزام هو بعينه الخطأ .والالتزام نوعان = التزام بغاية والتزام بوسيلة (1) والملاحظ ان العناية المطلوبة كأصل عام في الالتزامات

---

(1) راجع المادة 172 مدني جزائرى •

./.

العقد ية هي عناية الرجل العادى (م172 مدني جزائرى) وفي ذلك يتفق القانون مع الفقه الاسلامي • ولو ان هذا الاخير على نقيض القانون لا يقرر مسؤولية المدين عن السبب الاجنبي الا اذا كان العقد عقد ضمان (الاعارة والرهن) اما اذا كان العقد عقد امانة فلا مسألة للمدين عن السبب الاجنبي وانما تقتصر مسؤوليته فقط عما صدر عنه من افعال • ويستوى في ذلك ان تكون افعاله عمدية او كانت نتيجة اهمال •

اما في القوانين الوضعية ،فلا تقوم المسؤولية عن السبب الاجنبي لانتفاء احد اركانها (م127 مدني جزائرى) • وان كان يجوز للمدين اتفاقا ان يتحمل تبعة القوة القاهرة (م178 مدني جزائرى) اما فقهاء الشريعة الاسلامية فلا يجيزون مثل هذه الاتفاقات كقاعدة عامة ،على قيام مسؤولية المدين عما لا يمكن الاحترازعنه • بل ويذهبون الى ابعد من ذلك ـ عندما يقررون بعدم جواز التغيير في طبيعة العقد ،بالاتفاق مثلا على تعديل المسؤولية فلو اشترط على الامين (الوديع المستاجر) الضمان بطل الشرط لمنافاته مقتضى العقد الذى يعتبر من عقود الامانات •

هذا واذا كان بالامكان الاتفاق قانونا ـ على الاعفاء من المسؤولية العقدية من حيث الاصل ،الا اذا ثبت غش المدين او خطئه الجسيم (م 2/178) فان الفقه الاسلامي ،على العكس،لا يجيز مثل هذه الاتفاقات مطلقا •

<u>ثالثا ـ اهم حالات الضمان في المسؤولية التقصيرية</u> =

قانونا ،تتحقق المسؤولية التقصيرية حالة الاخلال بالواجب القانوني العام وهو " عدم الاضرار بالغير " (انظر المادة 124 مدني جزائرى) •

وشرعا تثبت المسؤولية عند مخالفة الواجب الشرعي الذى يفرضه مبدأ احترام حقوق الغير•

•/•

واهم الحالات التي يثور بصددها موضوع الضمان هي اما ان يكون الفعل صادرا عن الشخص المتعدى بنفسه او ان يصدر الفعل عن اشخاص خاضعين لرقابته او تابعين له او عن شيء او حيوان مملوك له او في حراسته (1) •

رابعا - طرق اثبات المسؤولية وعبء اثباتها =

+ **طرق الاثبات =**

في هذه النقطة نتكلم في طرق الاثبات وعبء الاثبات• والواقع ان طرق الاثبات في الاسلام المعتمدة للفصل في الخصومة • مسالة فيها تفصيل •

1) راى الجمهور = حسب راى هؤلاء فان طرق الاثبات محصورة في امور محددة = وهي الاقرار وشهادة عدلين واليمين والنكول عن اليمين والقسامة(2) وعلم القاضي والقرينة القاطعة •

2) راى ابن القيم = وعنده ان الاثبات حر وان للقاضي حرية كاملة في الاثبات• هذا وقد ذكر في كتابه الطرق الحكمية خمسا وعشرين طريقا يحكم بها الحاكم • ومنها عدا المذكورة اعلاه • اليد المجردة التي لا تفتقر الى يمين ،والانكار المجرد والحكم باليد مع يمين صاحبها ،والحكم بالشاهد الواحد او بالشاهد مع اليمين ،الحكم بالاستفاضة والشهرة ،والحكم بالخط المجرد او بالعلامات الظاهرة او بالقرعة او بالقيافة (3) •

اما عبء الاثبات،فيرى الفقه الاسلامي انه يقع على المضرور وذلك بأن يثبت في جانب المتعدى خطأ • فاذا تعارضت البينتان رجحت احداهما على الاخرى في اثبات السبب المحدث للضمان (4) •

---

(1) راجع في تفصيل اهم هذه الحالات - د • وهبة الزحيلي / المرجع السابق - ص252 وما بعدها •

(2) القسامة= معناها ان يحلف اولياء الدم خمسين يمينا في المسجد بعد الصلاة عن اجماع الناس ان فلانا هو القاتل •

(3) القيافة= هي تتبع الاثر واثبات النسب عن طريق التشابه في تكوين البنية البشرية •

(4) القواعد الفقهية للشيخ الحمزاوى - ص198 مشار اليه في د •وهبة الزحيلي ،المرجع السابق - ص229 •

./.

ب - عبء الاثبات =

اولا + - عبء الاثبات في المسؤولية العقدية .

دراسة عبء الاثبات في المسؤولية العقدية تستوجب في المقام الاول التفرقة بين كون يد المدين يد ضمان اوكون يد المدين يد امانة .

فاذا كانت يده يد ضمان ،فعليه اثبات انه قام بتنفيذ التزامه ،اما اذا كانت يده يد امانة فعلى الدائن اثبات تقصير المدين اى اثبات انه لم يبذل عناية الرجل المعتاد الواجبة للمحافظة على الشيء تطبيقا للقاعدة الفقهية القائلة " الامين مصدق باليمين " . وهكذا نجد ان عبء الاثبات في الشريعة الاسلامية يلقى تارة على المدين اذا كانت يده يد ضمان وتارة على الدائن اذا كانت يد المدين يد امانة .

ثانيا + - عبء الاثبات في المسؤولية التقصيرية .

في هذه الحالة ،يتعين على المدعي المتضرر اثبات خطأ المتعدى الذى سبب له ضررا تماشيا مع القاعدة العامة في الاسلام التي توزع طرق الاثبات على المتخاصمين والتي مفادها " البينة على من ادعى واليمين على من انكر" .

المبحث الثاني = وضع المسؤولية المدنية في القانون الروماني .

لم يكن هناك في اصل التشريعات القديمة ،سوى مسؤولية واحدة وهي من طبيعة جنائية . ولم يكن ثمة اى دليل على وجود فروق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية (1) .

على ان مفهوم الجرم عرف تطورا كبيرا عبر مختلف مراحل القانون الروماني وهو التطور الذى رسمت خلاله التفرقة تدريجيا بين الجرم العام والجرم الخاص

---

(1) دوبريز ،الاخطاء في العقود واشباه العقود في القانون الروماني ،رسالة "كاين " 1894 . ص 51 وما بعدها .

./.

الذى - اعتبر في راى الشراح بمثابة الاساس الذى تبلورت حوله فكرة المسؤولية التقصيرية . غير ان هذه التفرقة بين نوعي الجرائم - لم تتجسد بشكل واضح الا بعد ظهور قانون اكيليا الذى كان يرى - وقتذاك - بان التعويض عن الاضرار التي تصيب الغير لا يمكن تصوره الا في نطاق الجرم الخاص.

وقانون اكيليا لم يكن من حيث الظاهر - ينطبق الا على الاضرار المترتبة عن الاصابات المادية Lesion materielle كما انه اشترط في الفعل الذى تسبب فيها ان يكون فعلا ايجابيا acte positif فاذا وقع الضرر مثلا بفعل سلبي acte négatif تعذر على المضرور الحصول على حقه في التعويض(1).

ومن المفيد ان ننوه - الى المجهودات القضائية الرامية الى التوسع من نطاق انطباق قانون اكيليا الذى اصبحت نصوصه تطبق في فروض كثيرة مشابهة عن طريق القياس. ولكن وبالرغم من هذه المحاولات الاجتهادية ، لم تصل الارادة الرومانية الشارعة الى ايجاد قاعدة عامة للمسؤولية التقصيرية على النحو الذى هي عليه الان .

وبناء على هذه الحقائق التاريخية السالفة ، لا يمكن التقرير بان قانون اكيليا - خلافا لما ذهبت اليه قلة في الفقه - يعد هو الاصل التاريخي لمبدأ المسؤولية التقصيرية .

اما فيما يتعلق بالاتفاقات التي ترتب اثارا قانونية - اى تلك التي ترتب التزامات على كاهل اصحابها - فان الرومان اشترطوا فيها الشكلية واعتبروا ان الاتفاقات التي تلزم اصحابها من الناحية القانونية هي تلك التي تكون مفروغة في قالب شكلي . لذلك حرصت قواعد القانون الروماني على تعداد

---

(1) أ .ن .مارتين ، الحيزة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، رسالة "كاين" 1954 - ص8 وما بعدها .

./.

حصـــرى للاتفـاقـــات الملـزمـة قانـونـا وذلـك اعمـالا للقاعـدة المشهـورة عند هـــم = " Ex nudo pacto nascitur actio " ولقـد ترتـب علـى هذا التحليـــل الرومانـي للعقـود خـروج بعـض الاتفـاقيـات التـي تختلـف فيهـا الشكـل ، مـــن مصاف العقـود الملزمـة قانونـا لطرفيهـا • وبهـذا لـم يكـن مبدأ الرضائيـة كافيـــا لترتيـب ذات الاثـار القانونيـة الـتـي يحظـى بها قانون العقـود في الوقت الحاضـر •

لكـن هـذه الشكليـة فـي بعـض العقـود لم تمنـع القانـون الرومانـي فـي اواخـر مـراحـل تطـوره ، مـن قبـول بعـض العقـود الرضائيـة علـى سبيـل الاستثنـاء حيـث اعتـرفـوا لهـا ، علـى غـرار العقـود الشكليـة ، بنفس القـوة فـي انشـاء الالتـــزام حتـى ولـو لم يلجـأ اصحابهـا الـى اى اجـراء شكلـي وعلـى هـذا النحـو ، يمكـــن القـول بان القـانـون الرومانـي ، لـم يصـل حتـى فـي اواخـر عهـده الـى بلـــورة نظـريـة عامـة للعقـود •

ويـرى البعـض ، استقصـاء لتاريـخ القانـون الرومانـي ، وتماشيـا مـع مختلف مراحلـه بـأن المسـؤوليـة العقديـــة وفـق الاصطـلاح الحديـث لـم تتطـور الا علـى اســاس منهـج تجريبـي methode empirique كمـا ان الاخطـاء فـي ذلك الـوقـــت كانـت تقـدر تقديـرا يختلـف باختـلاف العقـود • وهـو الامـر الـذى ترتبت عليـــه وفـق منطقهـم هـذا ـ حـالات شـاذة بالنسبـة لبعـض المتضـرريـن ، ذلك ان المديـن فـي بعـض العقـود لا يسـأل الا عـن اخطائـه الجسيمـة واحيانـا يسـأل عن اخطائـه البسيطـة وفـي ظـروف اخـرى يسـأل حتـى عـن اخطائـه التافهـة •

ولكـن فـي نطـاق المسـؤوليـة التقصيـريـة ، فكـان السائـد عندهـم هـــو ان الشخـص يسـأل حتـى عـن اتفـه الاخطـاء عمـلا بالقـاعـدة " In lege aquilia et culpa levissima venit " والتـي مفـادهـا ان الشخـص فـي المسـؤوليـة الاكيليـــة يسـأل عـن خطئـه التافـه " •

./.

والخلاصة التي يمكن ان ننتهي اليها مع البعض(1) هي انه لا ينبغي الرجوع الى القانون الروماني والبحث فيما اذا كان يجيز اولا يجيز الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية .

المبحث الثالث = وضع المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي القديم .

يرى بعض الفقهاء بان القانون الفرنسي القديم لم يعتمد فقط التقسيم الذى آثر عليه القانون الروماني بشأن نوعي المسؤولية المدنية ، بل بلورة بشكل دقيق وواضح خاصة بعد المحاولات الفقهية المعتبرة التي تركزت حول ضرورة تنظيم نوعي المسؤولية المدنية Systematisation

والكلمة معقودة اليوم عند غالبية الفقهاء الفرنسيين ، على ان في هذه المرحلة بالذات ظهر لاول مرة مبدأ عام للمسؤولية التقصيرية يرجع فضله الى الفقيه DOMAT دوما الذى يعتبر بحق من طرف الكثيرين بانه الاول من نادى به عندما قرر ، ان الخسائر الحاصلة نتيجة الاهمال او الخفة او الجهل او بأى طريقة اخرى مشابهة ، تلزم من كان سببا في احداثها بالتعويض(2) .

وهذه النظرة الجديدة ، هي التي املت في الواقع على الشارع الفرنسي فكرة المسؤولية التقصيرية عند صياغته للمادتين 1382 ، 1383 من القانون المدني ولو ان نص الفقيه DOMAT كان نطاق تطبيقه قاصرا فقط على المسؤولية التقصيرية ولم يتسع ليشمل المسؤولية العقدية لان الاخلال بالالتزام العقدى وقتذاك ، كان في الاصل مكونا لجريمة جنائية .

---

(1) مارتين ، الرسالة المشار اليها ، ص8 وما بعدها .
(2) هذا النص مشار اليه في مارتين ، الرسالة المشار اليها - ص10 .

./.

وتجدر الملاحظة الى ان الفقيه دوما خارج نطاق المسؤولية العقدية قد اوجد تقسيما ثلاثيا للخطأ ،حيث قرر في نهاية الامر بان هناك نوعا من هذه الاخطاء ما يرمي الى حد تكوين جناية اوجنحة وهو ما يذكرنا بالمسؤولية الجنائية واما النوعان الاخران فهما لا يتعلقان في رايه الابتكية(?) الاخلال بالالتزامات العقديــــة من جهة وبخفة الشخص من جهة اخرى وهذه النتيجة على حد راى البعض كانت بمثابة اول انطلاقة حاسمة لفكرة تنوع المسؤولية المدنية وتفرعها الى عقدية وتقصيرية • وعلى اية حال « يمكن القول مع البعض بان التفرقة بين نوعي المسؤولية المدنية قد اخذت طابعها التنظيمي في القانون الفرنسي القديم وتبلورت معالمها بشكل واضح على يد فقهائه • ولو ان بعض بذور هذه التفرقة كانت ترجع الى العهود المتاخرة للقانون الروماني الذى ميز فقهاؤه وقتذاك بين الغش Dolus والخطأ الجسيم culpa lata والخطأ البسيط culpa levis وهي التفرقة التي كان لا يمكن تصورها الا في النطاق التعاقدى ،لان المسؤولية التقصيرية كان يكفي لقيامها وقوع خطأ تافه عملا بالقاعدة In lege aquilia et culpa levissima venit.

<u>المبحث الرابع</u> = المسؤولية المدنية في ظل التقنين المدني الفرنسي •

ان التقنين المدني الفرنسي لم يختلف كثيرا في منطقه ورؤيته القانونية عما كان عليه وضع المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي القديم • حيث نجده يعيد ذات التصور ويعتمد تقريبا ذات الاسلوب الذى اتبعه سلفه وذلك بتاكيده التفرقة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية فكرس للاولى تنظيما خاصا فعالجها بمناسبة العقود وللثانية نظاما عاما نصت عليه المواد 1382 و 1383 وما بعدها •

ولا يفوتنا في هذا الصدد ان ننوه الى الدور الذى لعبته النظرية الكنسية ولو باسلوب غير مباشر في تدعيم فكرة القوة الملزمة للعقود والمكرسة في المادة 1134 مدني فرنسي ،حيث اصبحت الاتفاقيات المبرمة بين طرفيها بمثابة القانون الذى يتعين الرجوع اليه سواء في تفسيرها اوفي تنفيذها •

./.

وهكذا اضحى العقد شريعة العاقدين . Pacta sunda servenda

وما من شك في ان هذه النظرة الكنسية للعقود ،ساعدت الى حد بعيد في تدعيم فكرة الازدواجية .

وعلى اية حال ،لم يشذ القانون المدني الفرنسي عن سابقة في تقريره مبدأ التفرقة بين نوعي المسؤولية المدنية . هذا ويعتقد البعض تحليلا لمختلف مراحل تطورها بان المسؤولية المدنية بلغت في قانون 1804 تطورها النهائي . غير ان هذا الزعم قد كذبته وتكذبه حاليا المعطيات القانونية الجديدة التي فرضها الانقلاب الهائل للثورة الاقتصادية . فثبت عجز المفاهيم القانونية الكلاسيكية التي لم تستطع ان تواكب مثل هذه التغيرات وهذا ما جعل البعض في الفقه يعزف عن هذه المفاهيم القديمة التي افرزها قانون المسؤولية وتعلقوا بمبادئ قانونية اكثر اتفاقا مع ما اقتضته متطلبات الحياة المعاصرة خاصة بعد الارتفاع الهائل في نسبة حوادث العمل (1) في الوقت الحاضر . وهذه الحوادث المتكاثرة في نطاق علاقة العمل قد املت على رجال القانون ضرورة تحويل مشاكل المسؤولية فيه من النطاق التقصيري الى النطاق التعاقدي - فقرروا ان صاحب العمل يكون مسؤولا تعاقديا عن الاضرار التي تنزل بالعامل على تقدير ان رب العمل مدين بالتزام سلامة العامل . ولقد ترتب على هذا الوضع الجديد اتساع في نطاق دائرة المسؤولية العقدية على حساب المسؤولية التقصيرية - ومنذ ذلك الحين اصبحت المحاكم تعترف بوجود الالتزام بالسلامة في كثير من العقود المشابهة (3) .

---

(1) انظر سالي - حوادث العمل والمسؤولية المدنية ،سنة 1897 .
جوسران - المسؤولية عن فعل الاشياء غير الحية - سنة 1897 .
جيني - الخطر والمسؤولية - دالوز - سنة 1902 .
دموج - الالتزامات - الجزء الخامس - رقم 1237 .

(2) مارتين - الرسالة المشار اليها - ص10 وما بعدها .

هـذا ولقـد تركـزت محـاولات الفقـه الفرنسـي مـع بدايـة القرن العشرين عـلى تنظـيم قواعـد المسـؤولـيـة العقـد يـة واعتمـدت عـلى المواد 1147 و 1137 مـن القانـون المدنـي الفرنسـي لتطـور فيمـا بعـد ،التفرقـة بيـن الالتزامـات لغايـة والالتـزامات بوسيلـة . وهـي التفرقـة التـي سـار عليها ابتـداء من سنـة 1936 .

ونشيـر اخيـرا الـى المحـاولـة التي تزعمهـا الفقيـه بـلانيـول من اجل هـدم الاسـس التـي شيـدت عليهـا نظـريـة ازدواج المسـؤوليـة المدنيـة .

<u>المبحث الخامس</u> = الاتجـاه الموحـد للمسـؤولية المدنيـة .

هـذا الاتجـاه "راديكالـي " لانـه استهـدف القضـاء على نظـرية الازدواج التـي يراهـا بانهـا قائمـة عـلى حقائـق غيـر صحيحـة .

ونظـريـة الازدواج تـرى بان المسـؤوليـة المدنيـة تتفـرع الـى عقديـة وتقصيـريـة . وهمـا مسـؤوليتـان مختلفتـان من حيـث الطبيعـة ،فالاولـى تستنـد الـى العقـد باعتبـار انهـا تفيـد جـزاء الاخـلال بـه وامـا الثانيـة فهـي لا تقـوم الا بين اشخاص اجانـب،لا تربطهـم فـي الاصـل عـلاقـة سابقـة ومـن ثم فهـي جـزاء الاخـلال بالواجبـات القانونيـة او فـي عبـارة مسـاويـة جـزاء الانحـراف عن السلوك المألـوف فـي الجماعـة .

وهـذه الافكـار لم تحظـى بتاييـد انصـار الوحـدة الذيـن (1) ،راوا بان التحليـل الذى قدمتـه نظريـة الازدواج والنتائـج التـي اسفـرت عنهـا . بخصـوص نوعي المسؤولية المدنيـة مشـوب بالتناقـض ولا يستقـيم مـع ما يقتضيـه المنطـق لان كـل من المسـؤوليـة العقديـة والمسـؤوليـة التقصيـريـة تتفقـان من حيـث الاسـاس لانهمـا تقـومان عـلى فكـرة الخطـأ . الخطـأ العقدى فـي المسـؤوليـة العقديـة والخطأ التقصيـرى فـي

(1) بلانيول ،المطول في القانون المدني ،الجزء الثاني ،الطبعة الخامسة رقم 873 وما بعدهـا بونيكازه،تكملة في مطول بودرى لاكانترى ،الجزء الثاني ،القسم الثالث،الفصل الرابـع قراMولان ،الطبيعة التقصيرية للمسؤولية عن الاخلال بالالتزامات العقدية ،مشار اليه فـي مارتين ،الرسالة المشار اليها ـ ص 21 وما بعدها .

./.

المسؤولية المترتبة على الانحراف في السلوك المعتاد . وهذا الخطأ سواء ظهر في النطاق التعاقدى او في النطاق غير التعاقدى فهو من طبيعة واحدة . ولا تعني المسؤولية في الحالتين - عندهم - سوى جزاء الاخلال الذى ينصب تارة على الالتزام الذى يفرضه العقد وتارة اخرى على الالتزامات العامة التي يفرضها القانون . وعلى هذا الاساس ليس الخطأ بهذا المعنى سوى ذلك الاخلال بالالتزام السابق ، العقدى او القانوني . وهو يخضع في اثباته في نوعي المسؤولية المدنية - لذات القواعد .

والاتفاق بين نوعي المسؤولية المدنية لم يقتصر فقط في راى انصار الوحدة ، على وحدتهما في الاساس ، لانهما تقومان على فكرة الاخلال بالالتزام السابق ، وانما تقومان ايضا على ذات الاركان وهي الخطأ والضرر ورابطة السببية . وعلى العموم ، فان هذه النظرية - رغم ما اتسمت به من دقة في التحليل فهي مع ذلك لم تخلو من النقد (1) .

ويمكن اجمال نقاط ضعفها في القاعدتين الرئيسيتين اللتين اعتمدت عليهما في بنائها القانوني . وتتعلق القاعدة الاولى بالتسوية بين فكرة الواجب القانوني والالتزام العقدى . فالواجب القانوني كالالتزام العقدى تماما ولا يختلف عنه من حيث الجوهر (2) .

واما القاعدة الثانية ، فهي تتأسس على فكرة ان الالتزام بالتعويض في النطاق التعاقدى ، يعتبر في رايها التزام جديد ومتميز عن الالتزام الاصلي الذى يجد مصدره في العقد .

1) الالتزام العقدى كالالتزام والواجب القانوني من حيث الجوهر = يرى انصارها انه من الناحية الفلسفية او من الناحية القانونية ليس ثمة اختلاف جوهرى بين مفهومي العقد والقانون . فمفهوم كل منهما في الحقيقة يعني نفس المدلول . لان

---

(1) راجع في نقد هذه النظرية مارتيني ، الرسالة المشار اليها ص 48 وما بعدها . د . احمد سلامة - مذكرات في نظرية الالتزام الكتاب الاول - 1975 - ص 257 .

(2) اندري بران - العلاقات بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ونطاق كل منهما رسالة ليون 1931 - ص 110 وما بعدها .

. / .

القانون تعبير عن الارادة الشارعة • وهذه الارادة ومن الناحية الفلسفية انعكاس وتجسيد للاتفاق الجماعي الذى يكون قد حصل بينهم • وهذا ما تكرسه نظرية العقد الاجتماعي التي نادى بها الكثير• والتي تعتبر ان القانون في الجوهر ليس سوى ذلك العقد الاجتماعي اوعلى الاقل ان القانون انعكاس صادق له •

وتماشيا مع مقتضيات هذا التحليل الدقيق ،لا يكون العقد من جهة اخرى ، بهذا المعنى سوى قانون الافراد ،وهكذا ومع التسليم بوجهة النظر هذه يمكننا القول بانه اذا كان القانون ينصرف الى معنى العقد الاجتماعي العام الذى يقول به البعض،وان العقد يعد بمثابة قانون الافراد ،فانه يجب وفق هذا المنطق المجرد تاكيد حقيقة هامة وهي ان هناك تشابه كبير بين القانون والعقد • بل ويصعب التقرير بوجود اختلافات جوهرية بينهما • وهذا ما يؤكده الاستاذ "اوبان" Aubin عندما قال بانه من الجائز اعتبار القانون بمثابة العقد العام contart public واعتبار العقد بمثابة القانون الخاص loi privée وعليه لا يكون الاخلال بهذه الواجبات القانونية او العقدية الا من ذات الطبيعة والجوهر (1) •

والواقع ان هذه القاعدة على ما تتسم به من دقة فهي تتصف بشيء من المغالاة ،ويغلب عليها الطابع الفلسفي المجرد • لان القول بان القانون هو التعبير المباشر لارادة الافراد على غرار ما هو مقرر وظاهر في العقد بين طرفيه ــ امر غير صحيح في كلياته ولا يتفق مع واقع الامور ويجافي الى حد بعيد طبيعة الاشياء (2) •

ثم ان هذا التحليل ،من ناحية اخرى لا يستقيم الا مع التسليم بفكرة العقد الاجتماعي التي اضحت في وقتنا الحاضر محل انتقادات شديدة من طرف الكثيرين ،خصوصا وانه اصبح من الصعب التسليم بالفكرة القائلة ،بان ما

---

(1) بران ،الرسالة المشار اليها ــ ص110 •

(2) مارتيني ــ الرسالة المشار اليها ــ ص

•/•

فرضه المجتمع او سيفرضه مستقبلا قد ارتضاه الكل سواء التزموا به عن طواعية او عن اكراه . هذا فضلا عن ان فكرة العقد الاجتماعي لم تعد الاساس الوحيد لتبرير فكرة القانون . ثم ان القانون اذا كان يعمل على تحديد الحقوق التي ينشئها بالنسبة للجميع دون تمييز فان العقد على النقيض من ذلك، لا ينشئ حقوقا الا بالنسبة لشخص او اشخاص محددين بالذات على حساب شخص او اشخاص اخرين معينين ايضا بالذات وهم الدائنون والمدينون " وعلى هذا الاساس لا يعني الالتزام العقدى بهذا المعنى سوى تلك العلاقة المحددة التي تربط من الناحية القانونية شخصا معينا بالذات في مواجهة شخص اخر محدد بالذات وهما الدائن والمدين . في حين ان الواجب القانوني على العكس يثير علاقة غير محددة - تلتزم فيها الكافة في مواجهة الكافة دون اى تعيين او تحديد .

واخيرا لا يمكن من الناحية القانونية استخلاص من قاعدة العقد شريعة العاقدين ان العقد كالقانون تماما . لان الشارع لم تتجه نيته الى ذلك ولم يقصد باى حال من الاحوال هذا المعنى الحرفي الذى يوحي به مبنى النص، بل ان كل ما قصده المشرع في حقيقة الامر هو اجراء نوع من المقارنة بين العقد والقانون ليؤكد فيما يبدو فكرة القوة الملزمة للعقد على غرار القوة الالزامية للقواعد القانونية بصفة عامة . فالعقد بالتزاماته شيء والقانون بالجزاءات التي يفرضها شيء اخر (جوسران) (1) .

2) الالتزام بالتعويض مختلف عن الالتزام العقدى الاصلي = وتجد نظرية الوحدة، مستندها ايضا في القاعدة المتمثلة في ان الالتزام بالتعويض - خلافا لما تقرره نظرية الازدواج ، ليس فقط مغايرا للالتزام الاصلي الذى يجد مصدره في العقد

---

(1) وفي هذا الصدد يقول الفقيه جوسران = "autre chose est le contrat avec les obligations qui en decouleur autre chose est la loi et les sanctions qui y sont attachées" مشار اليه في مارتيني ، الرسالة المشار اليها - ص

./.

ولكن هذا الالتزام بالتعويض يجد اساسه في المواد 1382 مدني فرنسي وما بعدها • وهذه النتيجة توصلوا اليها من خلال التفسير الذى اعطوه للمادة 1302 مدني فرنسي التي كانت تقضي بزوال الالتزام اذا هلك محله • فقرروا بوجود مبدأ عام مقتضاه انه في كل مرة يقع الاخلال بالالتزام العقدى ينشأ التزام جديد بالتعويض عنه ، مختلف عن الالتزام الاصلي الاول الذى لم ينفذ • وهذان الالتزامان (الالتزام بالتنفيذ والالتزام بالتعويض) مختلفان ومتميزان عن بعضهما البعض• وان كان الثاني نتيجة للاول لا يمكن تصوره بدونه فالالتزام الاول وليد الارادة المشتركة للعاقدين ، اما الثاني فعلى العكس لا دخل لارادة العاقدين فيه • لان المدين الذى لم ينفذ الالتزام العقدى لا يلزم بالتعويض طواعية وبمحض ارادته بل يلزم به ، ولو بدون اختياره اى على سبيل الاكراه والاجبار(1)•

والواقع ان هذا الراى لم يصادف قبولا من طرف الغالبية العظمى في الفقه الفرنسي الحديث - التي ظلت تقيم التفرقة بين التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل كما انها عابت على تحليلاته بانها لم تستند الى القواعد السليمة التي تقتضيها اصول التفسير الصحيحة •لان النتائج التي توصل اليها انصار هذا الراى لم تكن متفقة مع الهدف الذى توخاه الشارع من وراء نص المادة 1302 مدني فرنسي بل ويبدو انه كان فيها تحميل للنص اكثر مما تحتمله عباراته وذلك لانهم اغفلوا عبارة "اوضاع بدون خطأ المدين" وهي العبارة التي تأتي مباشرة بعد كلمة " هلك" "perit ou perdue sans la faute du débiteur" وعليه ووفقا للاستنتاج العكسي لمضمون هذه المادة ،كما يرى الفقيه " دوموج " لا يكون ثمة نشوء لاى التزام جديد وانما يبقى الالتزام الاصلي موجودا وان تغير شكله • وبناء على ما تقدم ، يظهر بان التحليل المستخلص من تفسير نص المادة المذكورة هو تحليل يشوبه الغموض كما ان النتائج التي توصلوا اليها بمفهوم

---

(1) راجع بران - الرسالة المشار اليها - ص110 وما بعدها •

•/•

مخالفة مضمون المادة - هي نتائج غير منطقية وتفتقر الى السند • وعلى هذا الاساس - فبامكاننا القول ،ان الالتزام بالتعويض ليس مختلفا عن الالتزام الاصلي الذى يفرضه العقد ،بل يعتبر بديلا عنه وطريقة اخرى لتنفيذه ،وليس كما يدعي انصار الوحدة - بانه التزام جديد ومختلف عن الالتزام العقدى الاصلي وهذا ما يمكن الاخذ به في ظل القانون المدني الجزائرى الذى نصت مادته 307 مدني جزائرى على ما يلي = ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا عليه بسبب اجنبي عن ارادته " والظاهر من هذا النص ، ان الالتزام الاصلي اذا كان ينقضي في حالة استحالة التنفيذ ،فهو يبقى موجودا ،اذا رجع عدم التنفيذ الى خطا المدين او تقصير منه • • •

والخلاصة التي يمكن ان ننتهي اليها هي ان النجاح لم يكن حليف انصار الوحدة في هدم الاسس التي قامت عليها نظرية الازدواج • التي تعد في راينا القاعدة الصلبة والاساسية في دراسة موضوع العلاقة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ومدى جواز الخيرة بينهما • فمثل هذه العلاقة لا يمكن تصورها في نظام موحد للمسؤولية المدنية -كما ان اثارة مشكل الخيرة فيه يعد من قبيل الضروب غير المنطقية • فالخيرة لا يمكن من الناحية المبدئية ان تعالج الا في ظل نظام مزدوج للمسؤولية المدنية • وهو النظام الذى لم تكرسه نظرية الضمان في الشريعة الاسلامية -كما راينا • التي تكاد تقترب من نظرية الوحدة منها الى نظرية الازدواج • ففقهاء الشريعة الاسلامية -كما راينا لا يميزون بين الضمان العقدى والضمان التقصيرى ولا يرتبون عليه اثارا مختلفة • كما هي الحال عليه في الاثار المترتبة على نوعي المسؤولية المدنية في القوانين المتاثرة بالنظرية المزدوجة كالقانون الفرنسي والقوانين التي حذت حذوه •

-/-

الباب الاول

العلاقة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية

قبل بيان هذه العلاقة بين نوعي المسؤولية المدنية ،راينا ان نعالج فكرة الازدواج ذاتها • وذلك بعرض النظرية التي تقول بها • ببيان اسسها الفلسفية والقانونية والنتائج المترتبة على الاخذ بها ••

ثم نوضح مدى تاثر التنظيم التشريعي الحالي لقانوننا بهذه النظرة وفيما اذا كان هذا التنظيم قد ابقى على فروق حقيقية بين نظام المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية •

ولتوضيح هذه المسائل ،قسمنا هذا الباب الى ثلاثة فصول =

- الفصل الاول = في نظرية الازدواج في مبادئها الفلسفية واوجهها القانونية والعملية •
- الفصل الثاني = في التنظيم التشريعي الحالي للمسؤولية المدنية المزدوجة •
- الفصل الثالث = تحديد نطاق كل من المسؤوليتين والعلاقة بينهما •

— + —

الفصـــل الا و ل

نظـريــة الازدواج فــي مبادئهـا الفلسفيـــة واوجههـــا القـانـونيـــــة والعمليــــــة

هـذه المدرسـة تعتـرف بوجـود فروق جـوهـريـة بيـن العقـد والقانـون ومـن ثـم بيـن المسـؤوليـة العقديـة والمسـؤوليـة التقصيـريـة • وهـي الفـروق التـي يرجـع بعضهـا الـى الاختـلاف الواضـح بينهمـا فـي الطبيعـة وكذلـك فـي الاسـاس الـذى تقـومـان عليـه • لذلـك كـان لا بـد مـن تسليـط الضـوء عـلى نقـاط الاختلاف بينهـا • ثـم نحـاول مناقشتهـا وابـداء الـراى فيهـا بحسـب مـا يقتضيـه غـرض هـذا الفصـل • ولقـد حصـرنـا مجمـل هـذه النقـاط فـي سبعـة مباحـث نـدرس فـي الاول الاختـلاف بينهـا فـي الطبيعـة وفـي الثانـي الاختـلاف بينهـا في الاساس وفـي الثالـث الاختـلاف بينهـا مـن حيـث جسامـة الخطـأ • وفـي الرابـع الاختـلاف بينهـا فـي عـبء الاثبـات وفـي الخـامـس الاختـلاف بينهـا فـي مـدى الاهليـــة وفـي مبحـث سادس الاختـلاف بينهمـا مـن حيـث المسـؤوليـة عـن فعـل الغيـر وفـي المبحـث الاخيـر، نحـاول بيـان الاختـلاف الـذى يبـرره اختـلاف التعويـض فـي المسـؤوليتيـن سـواء من حيث شكلـه او مـداه او سعتـه •

ولقـد راينـا ان نمهـد لهـذه المباحـث بكلمـة ولو وجيـزة عـن جـوهـر هـذه النظـريـة واصلهـا التاريخـي •

./.

تمهيـد =

لا يرجع اصل هـذه النظريـة ،كما يعتقـد البعض خطـأ ،الـى القانـــون الرومانـي ولا الـى القانـون الفرنسـي القديـم . بـل تبلـورت معالمهـا بشكل واضـح فـي الفقـه الفرنسـي الحديـث. خـلال القـرن 19 . وعليـه فمـن الخطـا البحث فـي اساسهـا التاريخـي واصلهـا فـي القانـون الرومانـي الـذى اختلطـت فـي بدايـة اطـواره فكـرة العقـد بفكـرة الفعـل الضـار (1) كمـا انـه لا يسـوغ ارجاعها الى القانون الفرنسـي القديـم الـذى تركزت جهـود معظـم فقهائـه وقتذاك علـى استخـلاص بعض النتائـج مـن التميـز الـذى عقـده بيـن الخطـا العقـدى والخطأ التقصيـرى ولكـن هـذه النظريـة ،تبلـورت فـي الفقـه الفرنسـي الحديـث خـلال القرن 19 وتتأسس علـى نوعيـن مـن الخطـأ مختلفيـن مـن حيـث الطبيعـة . الخطـأ العقدى والخطـأ التقصيـرى .لان العـلاقـات بيـن الافـراد تخضـع فـي حكمهـا وتنظيمها امـا للقانون وامـا للعقـد بحسـب مـا اذا كـانت ارادة الشـارع هـي التـي تبيـن حقـوقهـم او تحـدد واجباتهـم . او الارادة الخاصـة للافـراد هـي التـي تحـدد القـواعـد الخاصـة لتنظيـم عـلاقاتهـم .فالواجـب القانونـي اذن غيـر الالتـزام العقدى ، لان الاول مرتبـط بالارادة الشارعـة التـي تمثـل صالح الهيئـة الاجتماعيـة ككـل واما الثاني فـلا يتعلـق بالارادة الخاصـة للافـراد ومصالحهـم . وهـذا الاختلاف ينجـم عنـه نوعـان متميـزان لـلاعتـداء علـى حقـوق الاخريـن . مخالفـة الواجب القانوني بواسطـة الخطـأ التقصيـرى والاخـلال بالالتـزام العقدى بواسطـة خطـأ عقدى يستوجبـان بالضـرورة جزائيـن مختلفيـن جـزاء قانونيـا واخـر عقديـا يبـرران تبعـا وجود تنظيمين مختلفيـن للمسـؤوليـة المدنيـة (2) .

---

(1) دوبريز ،الرسالة المشار اليها ـ 1984 ـ ص 51 وما بعدها .
(2) اندرى بران ـ الرسالة المشار اليها ـ 1931 فقـرة 6 وما بعدها .
ـ انظر د . محمود جمال الدين زكي ـ مشكلات المسؤولية المدنية 1978 ـ فقـرة 3 ص 7 و 8 .

./.

المبحث الاول = ازدواجهما من حيث الطبيعة .

لم يركن انصار هذه النظرية الى الاختلاف السابق الذى استخلصوه من فكرتي القانون والعقد بل وجدوا في تنظيم كل واحدة منهما فروقا اخرى كثيرة . ترجع اهمها الى اختلافها في الطبيعة والجوهر . حيث قرروا بان الخطأ التقصيرى ينشيء الالتزام بالتعويض في حين ان الخطأ العقدى لا ينشيء الالتزام بالتعويض الذى يجد مصدره اساسا في العقد قبل وقوع الاخلال به(1) .

1 - مصدر الالتزام بالتعويض في المسؤولية التقصيرية =

ان الالتزام بالتعويض في المسؤولية التقصيرية في راى هؤلاء ، يجد مصدره في الخطأ التقصيرى الذى يكون الشخص قد اقترفه . اى في الفعل الضار الذى ياتيه ويصيب به الغير . ومما يفسر مسلكهم هذا ، ما استنتجوه بطريقة عكسية لمضمون المادة 1302 مدني فرنسي التي كانت تقضي بزوال الالتزام اذا هلك محله بغير خطأ المدين " وهكذا فان النتيجة المكسية التي يوحي بها مضمون هذا النص هي بقاء الالتزام عالقا بذمة المدين اذا كان هلاك محله يعزى الى تقصير المدين اى الى خطئه (2) .

2 - مصدر الالتزام بالتعويض في المسؤولية العقدية =

ان الالتزام بالتعويض في المسؤولية العقدية خلافا للمسؤولية التقصيرية لا يجد مصدره في الخطأ العقدى بل في العقد القائم قبل وقوع الاخلال به وهكذا يتضح لنا بأن الخطأ التقصيرى يعد بالفعل مصدرا للالتزام بالتعويض في حين ان مصدره في نطاق المسؤولية العقدية هو العقد وليس الخطأ العقدى وترتيبا على ذلك ، يمكن ان نقرر مع البعض بان الخطأ التقصيرى منشيء للالتزام بالتعويض بينما الخطأ العقدى لا ينشيء الالتزام بالتعويض الذى يجد

(1) اندرى بران ، الرسالة المشار اليها ، 1931 ، فقرة 6 وفقرة 7 .
د . محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، طبعة 1978 فقرة 3 ص 8 و 9 .
(2) راجع على الخصوص ملاحظات LABBE لابيه في سيرى 1886 ، 4 ، 25 .

اساسه ومصدره في العقد او في عبارة مساوية ان المسؤولية التقصيرية مصدر للالتزام بالتعويض اما المسؤولية العقدية فهي اثر له ٠

والظاهر ان هذا التحليل استنتجوه ايضا من نص المادة 1302 فرنسي (1) سالفة الذكر، التي قضت بزوال الالتزام اذا هلك محله بغير خطأ المدين فقرروا بان اخلال العاقد بالتزامه لا يترتب عليه حتما زواله، بل يظل قائما في ذمته رغم عدم تنفيذه ويبقى كذلك حتى ولو تغير شكله ليصبح تنفيذا بطريقة التعويض بدل التنفيذ العيني الذى اصبح مستحيلا (2) ويقررون بأن الدائن باقتضائه حقه في التعويض من المدين، عن اخلاله بالتزامه العقدى انما يباشر في حقيقة الامر تنفيذا للالتزام الاصلي الذى له بمقتضى العقد ، وان تحول شكله من تنفيذ عيني الى تنفيذ بمقابل (2) ولقد تاكد هذا الراى بالطريقة التي نهجها الشارع الفرنسي بشأن المسالتين والاسلوب الذى اثر عليه الفقه هناك، حيث ابقوا في مؤلفاتهم وبحوثهم على ذات التقسيم الذى وجوده في القانون المدني - فبحثوا المسؤولية التقصيرية في مصادر الالتزام والمسؤولية العقدية في اثاره (3) ٠

وهذا التصور يحتمل به القانون المصرى في مادته 373 /م مصرى لان الفقه هناك يرى بامكان القول في تفسير هذه المادة ما قيل في تفسير المادة 1302/ مدني فرنسي باعتبار التزام المدين بالتعويض بديلا للالتزام الاصلي الذى على عاتقه واسلوبا اخر لتنفيذه (4) ٠

---

(1) د ٠ محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق - فقرة 3 - ص9 ٠
(2) المجلة الفصلية للقانون المدني 1982 ، ص377 وما بعدها ٠
(3) ساكندلات ، المسؤولية والضمان ، ص7 وما بعدها ٠
(4) د ٠ عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 2 ، فقرة 409 ٠
د ٠ اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، 1968 ، الجزء 2 فقرة 5 ٠
د ٠ محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص10 وما بعدها ٠

٠/٠

وهـذا هـو يمكـن الاخـذ بـه فـي الجـزائر فـي ظـل القانـون المدني الجزائري الصـادر في 1975 الـذي تقضـي مادتـه 307/مدني "ينقضـي الالتـزام اذا اثبـت المديـن ان الوفـاء بـه اصبـح مستحيـلا عليـه بسبـب اجنبـي عن ارادتـه" وهو النـص الـذي يفيـد فـي راينـا ـ ذات الحكـم الـذي حفلـت بـه المادتان 1302 / مدنـي فرنسـي و 373 مدني مصـري فضـلا عن ان المشـرع فـي نطـاق القانـون المدني لـم يشـذ فـي تقسيمـه هـو الاخـر عـن القـانونيـن الفرنسـي والمصـري حيث نظـم المسـؤوليـة التقصيريـة فـي الفصـل المتعلـق "بالعمـل المستحـق للتعـويـض" وهو الفصـل الـذي يدخـل فـي البـاب الاول المتعلـق "بمصادر الالتـزام" • في حيـن انـه نظـم المسـؤوليـة العقديـة مـع التعويـض عـن عـدم تنفيـذ الالتـزام بوجـه عـام فـي البـاب الثانـي المتعلـق "باثـار الالتـزام" •

3 ـ الاتجاهات الفقهية الرامية الى توحيد المسؤولية المدنية من حيث الطبيعة •

ان اعتبـار المسـؤوليـة التقصيريـة مصـدرا للالتـزام بالتعويض والمسـؤولية العقدية اثـرا ونتيجـة لـه لـم تحظ بتاييـد نفـر من الفقهـاء الذيـن يـرون ـ فيمـا قدمـوه من اسانيـد ـ ان الحـل التقليـدي الـذي يعطـي تصوريـن مختلفيـن للمسؤولية المدنية مشـوب بالضعـف" ويـؤدي فـي بعض الفـروض الى نتـائـج قانونيـة غير مرضيـة •

والملاحظ ان هذه الاراء المعارضـة لهـذه الازدواجية فـي تصـور المسؤولية المدنية قـد تبلـورت فـي اتجاهيـن متعارضيـن ايضـا فريـق يـرى بأن المسؤولية العقديـة كالمسـؤولية التقصيريـة تمامـا هـي مصـدر للالتـزام بالتعويض• امـا الفريـق الثـانـي فيعتبـرهمـا اثـرا لـه •

1 ـ الاتجاه الاول = المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية مصدران للالتزام •

ويتاسس هـذا الراي على ان المسؤولية العقديـة تتفـق مـع المسؤوليـة التقصيريـة فـي كونهمـا مصدريـن للالتـزام بالتعويض• فعـدم تنفيـذ المديـن لالتزامه (كليا او جزئيا)

•/•

يترتب عليه نشوء التزام جديد في ذمته في حدود الاخلال ، وهو الالتزام بتعويض الدائن عن الضرر الذى نزل به • وهذا الالتزام الجديد الذى نشأ اثر الاخلال بالعقد ، يختلف من حيث الجوهر عن الالتزام الاصلي الذى رتبه العقد على كاهل احد طرفيه • لان الالتزام الاصلي في الحقيقة هو وليد الارادة المشتركة للعاقدين • في حين ان الثاني على العكس هو غير مرتبط بهذه الارادة ولا دخل لحرية العاقدين فيه • فالمدين الذى نكث العهد الذى قطعه على نفسه في الميثاق التعاقدى لا يلزم بالتعويض عن طواعية واختيار بل يلتزم بالتعويض رغما عنه وجبرا عليه • وهذا ما حدا بالبعض الى القول بانه اذا كان العقد مصدرا للالتزام فعدم تنفيذ العقد مصدر لالتزام اخر (1) •

2 ــ الاتجاه الثاني = المسؤولية التقصيرية كالمسؤولية العقدية اثر للالتزام •

يقضي هذا الاتجاه ، ان كل من المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية جزاء الاخلال بالتزام سابق يفرضه اما القانون او العقد بحسب الاحوال • وبناء عليه تقوم المسؤوليتان في الفرضين ، نتيجة هذا الاخلال (2) الذى ينصب تارة على الالتزام العقدى وتارة اخرى على الالتزام العام الذى يقضي به القانون والواقع ان هذا الراى يستند الى التعريف الذى تناول به الفقيه "بلانيول" فكرة الخطأ الذى اعتبره اخلالا بالتزام سابق (3) ••

3 ــ تقدير الاتجاهين •

الواقع ان الاتجاه الاول لم يسد في الفقه الفرنسي الذى ظل يقيم التفرقة بين التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل (4) •

---

(1) اوبان ، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية ، رسالة ، بوردو ، 1897 ــ ص79 وما بعدها
بلانيول ، الوجيز في القانون المدني ، الطبعة 9 ، 1923 ، الجزء 2 فقرة 890 ، 891 •
مازو وتانك ، المطول في المسؤولية المدنية ، الجزء الاول ، الطبعة 6 ، فقرة 100 •

(2) بلانيول ، الوجيز في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ــ ص876 •
اسميان ، في المجلة الفصلية للقانون المدني ، سنة 1933 ص627 وما بعدها •

(3) د • محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ــ ص12 وما بعدها •

(4) بلانيول ، نفس المرجع ، فقرة 863 •

•/•

اما بالنسبة للاتجاه الثاني فان عيبه يظهر، في التحليل غير العميق الذى تناول به فكرة الالتزام من جهة (1) • ومن جهة اخرى يلاحظ انه بتنظيمه المسوءوليتين على نمط واحد • يكون قد احدث ارباكا بالترتيب الطبيعي للاوضاع القانونية ، وفي نفس الوقت يكون قد قدم فروضا غريبة يستحيل الركون الى نتائجها •لان المسوءولية العقدية هي الوحيدة التي تفترض بالفعل اخلالا بالتزام سابق يفرضه العقد • بينما لا نلمس لهذا الالتزام السابق اثرا في المسوءولية التقصيرية التي وان قامت على وضع قانوني سابق في الوجود عليها (2) فهي لا تتحقق الا بوقوع الخطأ الذى حصل ومن ثم فهي على نقيض المسوءولية العقدية مصدرا للالتزام وليست اثرا او نتيجة له •

المبحث الثاني = ازدواجهما في الاساس•

يضيف اصحاب هذا الراى ،تدعيما لهذه النظرة المزدوجة للمسوءولية المدنية اختلافا اخر يرجع الى اساس كل واحدة منهما • وهكذا لم يقتصر الاختلاف بينهما في الطبيعة كما راينا ولكن امتد في راى البعض الاخر منهم الى الاساس الذى تقومان عليه •

1 ـ اساس المسوءولية التقصيرية والمسوءولية العقدية •

+ ضرورة الخطأ في المسوءولية التقصيرية وعدم ضرورته في المسوءولية العقدية •

لا تقوم المسوءولية التقصيرية في راى هوءلاء الا اذا ثبت وجود الخطأ وهو ركن ضروري لقيامها • وعليه اذا كان الخطأ بهذا المعنى عنصرا اساسيا وضروريا

---

(1) انظر في نقد هذا التعريف، مازو وتانك ، المرجع السابق ـ الجزء الاول ـ فقرة 392 •

(2) ان الوضع السلوكي السابق الذى تفترضه المسوءولية التقصيرية ،لا يمكن تفسيره بالالتزام لان الالتزام من الناحية الفنية يدل على العلاقة بين الدائن والمدين ،اما الوضع السابق الذى تفترضه فيفسر على انه قاعدة سلوكية عامة موجهة للجميع دون تحديد ومضروبة لصالحهم دون تحديد •

•/•

لتحقق المسؤولية التقصيرية فهو غير كذلك في المسؤولية العقدية اذ يكفي لقيامها رجوع الاخلال الى فعل المدين ولو تجرد من الخطأ ومعنى ذلك ان المسؤولية العقدية تتحقق في الاصل بمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدى حتى ولو لم يعزى اليه انحراف في السلوك بل وتظل قائمة حتى ولو دفع المدين بانه كان يقظا في سلوكه (1) ٠

وعلى هذا الاساس يمكن القول بان المسؤولية التقصيرية اذا كانت تقوم حقيقة على انحراف في السلوك فان المسؤولية العقدية على العكس يمكن ان تقوم بدونه حيث يكفي لقيامها - في راى هؤلاء - رجوع الاخلال الى فعل المدين ولو تجرد من الخطأ (2) ٠

2 - الاسس القانونية لهذا الراى =

ويتاسس هذا الراى عند القائلين به من الناحية التاريخية على القانون الروماني الذى كان يقرر في حالات شتى مسؤولية المدين عن عدم تنفيذه للالتزام العقدى ولو بغير خطا منه (3) ٠

وهو ذات التصور الذى احتضنه الفقه الفرنسي القديم ،كما انه ترجم في المادة 1147 مدني فرنسي التي نصت على ان المدين يكون مسؤولا عن عدم تنفيذ التزامه او التاخر فيه ما لم يثبت ان الاخلال الحاصل يعزى الى سبب

---

(1) ديران ،اتفاقات عدم المسؤولية ،رسالة باريس 1932 ،فقرة 35 وما بعدها ٠
المجلة الفصلية للقانون المدني ،سنة 1935 - ص 499 وما بعدها ٠

(2) في عرض هذا الراى ،راجع د ٠ محمود جمال الدين زكي ،المرجع السابق ،ص 14 وما بعدها بيكي في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1914 - ص 285 وما بعدها جوسران ،المطول في النقل ،رقم 564 وما بعده ٠

(3) فان راين - المسؤولية الاكيلية والعقد ،رسالة بروكسال 1933 فقرة 13 وما بعدها ٠
ديفو ،الخطا العقدى في القانون الروماني والقانون المدني ،رسالة باريس 1896 - ص 83 وما بعدها ٠
المجلة الفصلية للقانون المدني ،سنة 1933 فقرة 2 وفقرة 5 ٠

٠/٠

اجنبي لا يد له فيه • كما يستند هذا الراى ايضا الى نصوص قانونية اخرى متناثرة تجعل المدين في المسؤولية العقدية مسؤولا ليس عن خطئه فحسب بل عن فعله ايضا ولو تجرد من الخطا (1) •

وتدعيما لحجتهم ، يقررون بان طبيعة الامور تقتضي مثل هذا الاختلاف بينهما • لان المسؤولية التقصيرية في رايهم تنشيء بالفعل التزاما جديدا في حين ان المسؤولية العقدية لا تولد مثل هذا الالتزام الجديد بل هي جزاء اخلال بالتزام سابق قائم انشأه العقد • وبديهي ان يكون الشارع اكثر حرصا في تحديد الشروط اللازمة لميلاد التزام جديد بالنسبة للمسؤولية التقصيرية فيتطلب الخطأ فيها ، واكثر تسامحا في الحفاظ على التزام موجود من ذى قبل بالنسبة للمسؤولية العقدية فيكتفي بالفعل دون ان يستلزم انحرافا من صاحبه لقيامه •

<u>2 - تقدير هذا الراى =</u>

ان هذا الراى في الحقيقة ، يتجاهل الحكمة التي اريدت من وراء هذه النصوص المتناثرة التي تسوى بين خطا المدين وفعله • ويبدو ان النتائج التي توصل اليها اصحاب هذا الراى ، كانت متناقضة مع الهدف الذى توخاه الشارع الذى لم يقصد في واقع الامر بعبارة فعل "المدين " سوى ذلك النشاط الايجابي الذى يقوم به وبعبارة خطئه نشاطا سلبيا او امتناعا يضفي عليهما في الحالتين نعت الخطأ •

وتجدر الاشارة الى ان المادة 215 من القانون المدني المصرى (2) لا تختلف

---

(1) المجلة الفصلية للقانون المدني ، سنة 1914 ص 285 وما بعدها •
المجلة الفصلية للقانون المدني ، سنة 1935 ص 499 وما بعدها •
وراجع في هذه النصوص المواد 1245 ، 1933 ، 1042 من القانون المدني الفرنسي •

(2) اندرى بران ، الرسالة المشار اليها ، فقرة 24 ص 36 وما بعدها •
د • حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام ، الطبعة 2 ، 1954 فقرة 350 •
د • عبد المنعم فرج الصده ، مصادر الالتزام 1958 1958 فقرات 387 ، 388 •
د • اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، 1967 فقرة 24 •
د • محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، طبعة 1978 ص 16 وما بعدها •
• / •

في شيء عن المادة 1147 مدني فرنسي ومع ذلك فان الفقه في مصر مجمع بخلاف ما هي الحال عليه ~~على~~ فرنسا على ضرورة الخطأ في المسؤوليتين ،ويسلم به كركن اساسي وجوهري سواء في المسؤولية العقدية او في المسؤولية التقصيرية •

والقول بغير ذلك ،لا يقوم في راينا الا على تحليل غير عميق لفكرة الخطأ وهي الفكرة التي لا يمكن ان يحويها معنى الاهمال اوعدم الحيطة دائما وعلى هذا الاساس يعتبر الخطأ من الناحية القانونية والفنية حاصلا بمجرد نقض المدين للالتزام الذى قطعه على نفسه في العقد • او في عبارة مساوية ان الخطأ يكمن في اخلال المدين بالالتزام العقدى • وهكذا فان الرجل العادى الذى يتخذ من الانحراف عن سلوكه ضابطا للخطأ في المسؤولية التقصيرية يلتزم من باب اولى باحترام الالتزامات التي انشأها بمحض ارادته ومن ثم يعتبر عند الاخلال بها قد ارتكب خطا ايضا يقم مسؤوليته العقدية (1) •

ولعل ما ادى بالبعض في فرنسا الى التشكك في ضرورة الخطأ في المسؤولية العقدية هو كون هذا الخطأ اكثر وضوحا في المسؤولية التقصيرية منه في المسؤولية العقدية التي يكاد يكون موضوع الالتزامات العقدية فيها غالبا هو تحقيق نتيجة معينة وليس بذل عناية (2) وهي الالتزامات التي يكتفي فيها من الناحية القانونية ،لترتيب المسؤولية ،عدم تحقق النتيجة المرجوة دون اى اعتبار في تقدير سلوك المدين الذى لم ينفذ التزامه ،لان عدم القيام بالتنفيذ في حقيقة الامر يعتبر في حد ذاته - انحرافا عن السلوك المالوف للرجل على جرى العادة - الذى يطلب منه دائما ،اذا تعهد بشيء وجوب تاديته على

---

(1) اندرى بران - نفس المرجع ،فقرة 25 - ص38 وما بعدها •
سالي ،النظرية العامة للالتزام - ص436 و 437 •
(2) فان راين - الرسالة المشار اليها ،فقرة 14 •

الوجه الذى التزم به ما لم يرجع قصوره الى سبب اجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة، ومن هذه الناحية، وبناء على ما تقدم لا يصح القول بان عدم تنفيذ الالتزام العقدى هو قرينة على الخطأ (1) بل الصحيح قولا هو ان الانحراف في السلوك المالوف على جرى العادة يتحقق فعلا عند اخلال المدين بالتزامه العقدى الذى موضوعه تحقيق غاية محددة ومن ثم يكون خطوه حاصلا بالفعل وليس مفترضا ٠

اما في الالتزامات العقدية التي محلها بذل عناية معينة فتظهر علامات الخطأ فيها اكثر وضوحا اذ يتعين في هذه الحالة، تقدير سلوك المدين موازنا بسلوك الرجل المعتاد الذى يرتبط بعقد مشابه للتاكد فيما اذا كان المدين قد التزم حدود العناية المطلوبة ام قصر فيها ليكون في الحالة الثانية ومنحرفا عن السلوك المالوف للرجل المعتاد اى مخطئا (2) ٠

وهكذا يمكن القول بان ضابط الرجل المعتاد، هو المعيار الذى ينبغي التعويل عليه في مثل هذه الالتزامات لوصف فعل المدين بانه مشوب او غير مشوب بخطا ٠

والخطأ العقدى هنا لا يختلف عن الخطأ التقصيرى ٠ لان القانون عندما يفرض واجبا محددا على حارس الحيوان اوالاشياء، مثلا بعدم ايذاء الغير او الحاق الضرر بهم فهو يعتبره مخطئا وبالتالي منحرفا عن السلوك المالوف للرجل العادى، بمجرد حصول الضرر دون اى تقدير في سلوك المدين به (الحارس) لان القانون ها هنا يفرض واجبا عاما على الكافة موضوعه بذل عناية معينة وهو عدم الانحراف عن السلوك المالوف عادة ٠ وعندئذ لا يظهر الخطا الا بتقدير موازن ومقارن لسلوك محدث الضرر مع السلوك الذى يلتزمه الرجل المعتاد (3) ٠

---

(1) بلانيول وريبير، المطول العملي للقانون المدني الفرنسي، الجزء 6، فقرتا 377و 385 ٠
(2) فان راين، الرسالة المشار اليها، فقرة 17 و 18 ٠
(3) د ٠ محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة 5 — ص19 ٠

٠/٠

وعلى العموم فان الخلاصة التي ننتهي اليها مع البعض هي ان الخطأ واحد في المسؤولية المدنية عقدية كانت ام تقصيرية وهو من ذات الطبيعة في الحالتين رغم ما يكتنفه تارة من غموض او رغم ظهوره تارة اخرى بمجرد الاخلال بالالتزام العقدى او الواجب القانوني .

المبحث الثالث = ازدواجهما من حيث جسامة الخطأ .

1 - تقدير الخطأ في المسؤوليتين =

وترجع الازدواجية ايضا في راى القائلين بها الى فروق اخرى تتعلق بكيفية تقدير الخطأ في المسؤوليتين . وهكذا ومع التسليم بالخطأ كركن اساسي وضروري في المسؤولية التقصيرية ، فان الفقه الكلاسيكي يرى بان الخطأ في نطاق العقد ، يجب ان يكون على قدر من الجسامة في حين ان المسؤولية التقصيرية في نظرهم تتحقق حتى ولو كان الخطأ تافها ولعل ما ادى بهم الى الانسياق وراء هذا الراى هو تشبثهم بالقانون الروماني وتاثرهم الشديد بالقاعدة التي كانت تقضي بان المسؤولية الاكيلية تتحقق حتى ولو كان الخطأ تافها .

وعليه ولكي تقوم المسؤولية العقدية في رايهم كان لا بد من أن يوصف الخطأ بنوع من الجسامة ، وهكذا لا يكون الخطأ التافه كافيا في منطقهم لتحققها ، فاشترطوا لقيامها على الاقل ثبوت خطأ ولو بسيط في سلوك المتعاقد .

وتماشيا مع هذا التحليل السالف ، يقرر اصحاب هذا الراى حقيقة هامة مفادها ان المدين في المسؤولية العقدية لا يسال عن الخطأ التافه في حين ان مقترف الواقعة الضارة مسؤول دائما حتى ولو كان خطؤه تافها جدا .

ووفقا لهذا النهج كان يتعين على المدين ان يبذل ازاء المتعاقد معه عناية رب الاسرة الصالح اى عناية الرجل العادى (1) وازاء الاغيار عناية رب الاسرة الممتاز اى عناية الرجل شديد الحرص واليقظة (2) .

(1) Bonus pater familias (bon père de famille);

(2) Optimus pater familias(Excéllent père de famille)

راجع على الخصوص فان راين ، الرسالة المشار اليها ، فقرة 19 .

./.

2 ـ اساس هذا الراى =

ويتاسس هذا الراى على المادة 1137 مدني فرنسي التي تلزم المدين باعطاء شيء ان يبذل في المحافظة عليه عناية الرجل العادى وهي المادة التي عكف عليها اصحاب هذا الراى بالدراسة والتحليل فوسعوا من نطاق تطبيقها بحيث اصبح حكمها يتسع ليشمل كافة الالتزامات العقدية ٠ وعلى هذا النحو قرروا بان المشرع الفرنسي كان متساهلا في تقدير الخطأ في بعض العقود (كالوديعة بدون اجر) والتي لا يلزم المودع في الحفاظ على الشيء المودع لديه الا بالعناية التي يبذلها في حفظ امواله الخاصة ٠

ولقد وجدوا في تبرير مسلكهم هذا الى جانب الاعتبارات التاريخية اعتبارات اخرى كان يقضي بها العدل الذى يجب في رايهم ـ في نطاق المسؤولية التقصيرية ـ الوقوف دائما الى جانب المضرور وليس الى جانب مقترف الواقعة الضارة حتى ولو كان خطأ هذا الاخير تافها ٠ اما في نطاق المسؤولية العقدية ، وباعتبارها تنشأ بين اثنين تربطهما علاقات قانونية سابقة على وجودها فان الدائن فيها يكون قد عرض نفسه نوعا ما لاخطاء المدين الذى اختار التعامل معه ومن ثم وجب ان يتحمل الاثار المترتبة على سوء اختياره هذا (1) فضلا عن ان العقد في الغالب ـ كما يقولون ـ يولد فرصا كثيرة لوقوع اضرار لا مجال لها بين الاغيار (2) ٠

وانطلاقا من هذه الحقائق ، يكون اكثر استجابة للعدل ، واقرب لنية العاقدين ان تخفف المسؤولية التي تنشأ بين طرفي العلاقة العقدية عنها بين اثنين يعتبر كل واحد منهما اجنبيا عن الاخر لا علاقة بينهما قبل وقوع الفعل الضار ٠

---

(1) سوردا ، الموسوعة العامة للمسؤولية او دعوى التعويض خارج العقود ، الطبعة 6 ـ الجزء الاول ، فقرة 654 ٠

(2) آندرى بران ـ الرسالة المشار اليها ، فقرة 20 ٠

٠/٠

والظاهر ان هذا الراى قد تاثرت به محكمة النقض الفرنسية حينا من الدهر عندما قضت بان كل خطا ايا كان يلزم من تسبب في احداثه بتعويض الضرر الناجم عنه • لكن المحكمة لم تعمم هذا المبدأ ليشمل الاخطاء التي تقع في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بل قصرته فقط على الافعال الضارة خارج نطاق العلاقات العقدية •

لكن الفقه الفرنسي المعاصر لم يسلم بوجهة النظر هذه ولم يجد في مسلك محكمة النقض سوى تقريرا لحقائق لا اساس لها من الصحة • فعاب على رايها افتقاره الى السند لانه كان في رايه يقوم على خلط واضح بين فكرة مضمون الالتزام وبين فكرة تقدير جسامة الخطأ وهما على حد رايه مسألتان مختلفتان من حيث الجوهر ،ذلك ان التزام المدين كما هو معروف يختلف في مضمونه من عقد لاخر ومن حالة لاخرى بحسب الاحوال (1) •

فبذل عناية الرجل العادى ،قد يكون احيانا بذل عناية الرجل العادى وقد يكون احيانا بذل العناية التي يبذلها المدين في امواله او في شوءونه الخاصة • كما انه يتطلب منه احيانا وفقا للعقد بعناية اكبر او على العكس يكتفي منه بعناية اقل • وعليه فاى قصور منه عن بذل العناية المطلوبة في هذه الحالات يقيم مسوءولية صاحبه على تقدير انه كان مخطئا •

وهكذا لا يكون المدين المهمل الذى لم يلتزم الا بالعناية التي يبذلها في شوءونه الخاصة مسوءولا اذا قصر عن القيام بعناية الرجل العادى ليس لان الخطأ الذى نسب اليه بسيطا جدا ولكن انتفاء مسوءوليته يرجع في الحقيقة الى ان المدين لم يخل اصلا بالتزامه متى بذل ذات العناية التي يبذلها في شوءونه الخاصة • ومن ثم لا يمكن وصف سلوكه بالانحراف واعتباره والحال كذلك مخطئا • وكذلك الامر بالنسبة للمدين الذى يطلب منه بذل عناية الرجل

---

(1) مارتين ،الرسالة المشار اليها ،ص13 وما بعدها •

(2) فان راين _ الرسالة المشار اليها ،فقرة 21 •

•/•

العادى فلا يكون مسؤولا اذا كان تنفيذ الالتزام العقدى يقتضي عناية ممتازة ،لانه لا يكون قد ارتكب خطأ على الاطلاق متى التزم حدود العناية المطلوبة وهي عناية الرجل العادى • اما عند قصوره عن تلك العناية المستلزمة فانه يسأل مهما كان نصيب تهاونه في الاخلال •

ونخلص مما تقدم ان الخطأ في المسؤوليتين واحد من حيث الطبيعة وهو يخضع في تقديره ايضا لذات القواعد سواء حصل نتيجة الاخلال بالعقد او بالواجب القانوني • وهذه القواعد يحكمها معيار الرجل العادى في الظروف الخارجية التي احاطت بالاخلال • وهو المعيار الوحيد الذى يجب التعويل عليه في الالتزامات بوسيلة ،للوقوف على حقيقة سلوك المسؤول اى هل هو مخطئ اوغير مخطئ هذا مالم يتطلب القانون او العقد قدرا من العناية اكبر او اكتفيا بقدر من العناية اقل •

اما في الالتزامات التي محلها ،تحقيق غاية او نتيجة معينة فلا مجال لاعمال هذا المعيار ،لان مسؤولية المدين حاصلة اصلا بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة دون البحث في تقدير سلوك المسؤول ومقارنته بمعيار الرجل العادى (1) •

المبحث الرابع = اوجه الاختلاف من حيث عبء الاثبات =

1 ـ عبء الاثبات في المسؤوليتين =

ويجد انصار النظرية فارقا اخر في الخطأ المنشئ للالتزام بالتعويض بين نوعي المسؤولية المدنية • وهذا الفارق يتعلق بعبء اثباته •

ويقولون ان عبء الاثبات في الخطأ التقصيرى يقع على الدائن المضرور فيلزم باقامة الدليل عليه في حين انه في نطاق المسؤولية العقدية لا يطلب منه

---

(1) فان راين ،الرسالة المشار اليها ،فقرة 20 •

•/•

سوى اثبات وجود العقد ليكون على المدين اثبات التخلص من الالتزام الذى علق بذمته ،كان يسند عدم التنفيذ الى سبب اجنبي لا يد له فيه او ان يبرهن على انه قام بالوفاء طبقا للشروط المتفق عليها في العقد . وهذا الاختلاف بين المسؤوليتين في مسالة عبء الاثبات، يعود سببه في رأيهم الى ان الخطأ العقدى مفترض على نقيض الخطأ التقصيرى الذى يتعين اثباته (1) .

2 - اساس هذا الراى =

ويجد هذا الراى سنده في قواعد الاثبات التي تقضي بانه " على من يطلب تنفيذ الالتزام ان يثبته (المادة 1315 مدني فرنسي) وعليه ولما كان الخطأ التقصيرى مصدرا للالتزام بالتعويض فانه يجب على الدائن اثباته وبالمقابل يكون على من يدعي براءة ذمته من الالتزام ان يقم الدليل على الوفاء او على الوقائع التي ادت الى انقضاء الالتزام (م 1315 مدني فرنسي) ومن ثم لم يكن للدائن في المسؤولية العقدية الا ان يثبت وجود العقد الذى رتب الالتزام في ذمة المدين ليكون على هذا الاخير اثباتا لبراءة ذمته ،أن يقم الدليل على انه قام بالوفاء او ان عدم التنفيذ يرجع الى سبب اجنبي لا يد له فيه (2) .

والواقع ان هذا الاختلاف لا يستند الى القواعد العامة في الاثبات بقدر ما يرتد الى الفوارق المتعلقة بطبيعة كل من المسؤولين وعليه كان يتعين بالضرورة على من يطلب تنفيذ الالتزام ان يثبته سواء تعلق الامر بالمسؤولية التقصيرية او بالمسؤولية العقدية وهذا ما تقضي به المادة (1315 مدني فرنسي) .

---

(1) انظر د . محمود جمال الدين زكي ،المرجع السابق ،فقرة 6 ،ص 24 وما بعدها . والمراجع التي اشار اليها في الهامش.

(2) تانك ،التمييز بين الالتزامات بنتيجة والالتزامات باليقظة ،مجلة الاسبوع القانوني 1945، 1 ،449 ،فقرة 09 .
بران ،الرسالة المشار اليها ،فقرة 48 .

./.

ولكن لما كان مصدر الالتزام بالتعويض في المسؤولية التقصيرية هو الخطأ فوجب عندئذ على المدعي ،الذى عليه اثبات ذلك الالتزام ،ان يقيم الدليل على وجود الخطأ في حين ان الالتزام بالتعويض في المسؤولية العقدية ينشأ عن العقد ،وتبعا لا يكون من ثم على المدعي الا اقامة البرهان على وجود العقد دون البحث في خطا المدين العقدى لان الخطأ ها هنا ليس مصدرا للالتزام بالتعويض •

3 – راى انصار الوحدة =

ان انصار وحدة المسؤولية المدنية ،لم يسلموا بهذا التاويل الذى اعطى للمادة 1315 مدني فرنسي حيث راوا بان حكم هذه المادة قاصر فقط على حالة طلب التنفيذ وليس على حالة المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ • وترتيبا على ذلك ،قرروا ان الدائن الذى يطلب تنفيذ الالتزام من المدين عليه ان يثبت فقط وجوده (1) بينما اذا طالب بالتعويض عن عدم التنفيذ ،تعين عليه حالئذ ان يقيم الدليل على عدم تنفيذ المدين لالتزامه ،اى اثبات خطئه لان الالتزام بالتعويض في رايهم لا يجد مصدره في العقد بل في واقعه عدم التنفيذ ذاتها (2) •

والنتيجة التي يصلون اليها ،هي ان وضع المدعي في المسؤوليتين واحد من ناحية الاثبات لانه سوف يقيم الدليل سواء في المسؤولية العقدية او في المسؤولية التقصيرية على الخطا الذى يبرر قيام دعوى التعويض(3) لكن هذا الراى لم يصادف تاييدا من طرف البعض من انصار الوحدة الذين يرون بان الاثبات لا يستند الى الاختلاف بين نوعي المسؤولية المدنية من حيث

---

(1) راجع على الخصوص اوبان ،الرسالة المشار اليها ،صفحة 68 وما بعدها •
(2) فان راين ،الرسالة المشار اليها ،فقرة 1237 •
(3) دموج ،المطول في الالتزامات بصفة عامة ،الجزء الخامس،فقرة 1237 •

الطبيعة بل ان تعيين المكلف بالاثبات هي مسألة متوقفة بالدرجة الاولى على طبيعة هذا الالتزام .

وهذا الالتزام يتنوع من حيث موضوعه في راى الفقيه " بلانيول " الى التزام ايجابي باعطاء او بعمل والتزام سلبي بالامتناع عن عمل . وفي الحالة الاولى فان الدائن لا يثبت الا وجوده لتقوم مسوءولية المدين بشرط الا ترجع واقعة عدم التنفيذ الى سبب اجنبي اما في الحالة الثانية ،فيجب على الدائن الذى يريد الحصول على التعويض ان يثبت فعلا ان المدين اخل بالتزامه وهو الامر الذى لا يتصور الا عند اتيان المدين للفعل الذى التزم بالامتناع عنه . والنتيجة المنطقية التي يسفر عنها مثل هذا التحليل هي ان وضع الدائن ليس واحدا بل يتغير تبعا لنوعية محل الالتزام ،فاذا كان لا يستطيع في الالتزام السلبي مطالبة المدين باى شيء ما لم يقم الدليل على واقعة الاخلال فهو على المكس في الالتزام الايجابي باعطاء او بعمل يستطيع مطالبة المدين بالتنفيذ بمقتضى السند الذى له (1) .

وجدير ذكره ،هو ان انصار بلانيول لم تنعقد كلمتهم بشان عبء الاثبات في الالتزام الايجابي بالرغم من اتفاقهم في الالتزام السلبي الذى يسلمون فيه بضرورة القاء عبء الاثبات على الدائن " . وهكذا يرى البعض،في الالتزام الايجابي بضرورة التفرقة بين مسالة عدم التنفيذ ومسالة العيب في التنفيذ ويقررون بان الدائن في حالة عدم التنفيذ لا يكون له الا اثبات تنفيذ الالتزام متى اقيم الدليل على وجوده في حين انه اذا ادعى عيبا في تنفيذ المدين لالتزامه وجب عليه تقديم البرهان على هذه العيوب (2) .

---

(1) بلانيول ،الوجيز في القانون المدني ،الجزء الثاني ،فقرة 889 .
اوبان ،الرسالة المشار اليها ،ص 76 وما بعدها .

(2) بينيكس،عبء اثبات التنفيذ في المسوءولية العقدية ،المجلة الانتقادية سنة 1938 ص 657 وما بعدها .
سيقور،فكرة الخطأ العقدى في القانون الفرنسي ،رسالة بورد و 1956 ـ ص 50 وما بعدها .

./.

ومن الملاحظ، ان الراجح في الفقه الحديث، على اتفاق مع انصار الوحدة فيما يتعلق باثبات الخطأ سواء على الصعيد التقصيرى او العقدى وعليه ، فان ميكانيسم اثبات الخطأ لا يمكن ان يتاسس على الاختلاف القائم بين المسؤولين بل يخضع لذات القواعد ، اى الى تنظيم واحد حددته نظرية الاثبات بما افرزته من مبادئ عامة ، قائمة في راى البعض، على فكرتين يتعذر اسنادهما الى النصوص القانونية بل يمليهما الوضع الغالب بين الخصمين وهما = افتراض ما يقع في الغالب (1) ـ وقاعدة الاستعداد للاثبات (2) ۰

ومن المفيد ان ننوه الى ان هاتين القاعدتين يختلف تطبيقهما بالنظر الى نوعية الالتزام ۰ (التزام بغاية او التزام بوسيلة) ۰

<u>اولا ـ تطبيق القاعدتين في الالتزام بغاية =</u>

في هذه الحالة لا يكون على الدائن الا اثبات عدم تحقق النتيجة ، وهو بهذه الطريقة يكون قد اقام الدليل في نفس الوقت على اخلال المدين بالتزاماته (3) ومثاله المسافر الذى يصاب اثناء النقل ۰ فان استطاع مثلا ان يقيم الدليل على الاصابة فانه يكون قد اقام البرهان في نفس الوقت ايضا على عدم تنفيذ الناقل لالتزامه بالسلامة والمتمثل في توصيل المسافر بالسلامة والعافية الى مكان الوصول (4) saint et sauf à destination

هذا ، ولما كان من غير الميسور على الدائن في كل الظروف اثبات عدم تنفيذ المدين لالتزامه الذى موضوعه " اعطاء او عمل " خاصة اذا تعلق الاخلال بواقعة سلبية غير محددة proposition négative indéfinie فانه في هذه

---

(1) id quod plerumique fite.

(2) règle d'aptitude à la preuve.

(3) مازو وتانك ، المطول في المسؤولية المدنية ، الطبعة الرابعة ، الجزء الاول ، فقرة 694 ۰

(4) نقض فرنسي ، 20 يونيو 1922 ، في دالوز 1923 ـ 1 ـ 209 ۰

۰/۰

الحالة يكتفي منه فقط باقامة الدليل على العقد مصدر الالتزام ،ليكون على الطرف المدين به - تبرئة لذمته - ان يثبت قيامه بالتنفيذ او يثبت ان عدم الوفاء به يعزى لسبب اجنبي لا يد له فيه (1) فالمدين هنا لا الدائن يعتبر اقدر الخصوم استعدادا على الاثبات وعلى سبيل المثال لا يمكن للدائن المقرض اقامة الدليل على عدم رد المبلغ من المدين المفترض في عقد القرض في حين انه يسهل على هذا الاخير اثبات انه قام برد هذا المبلغ المستحق لصاحبه .

ولما كان تخلف النتيجة في الحقيقة لا يعتبر خطأ في جانب المدين الا اذا كان تخلفها يرجع الى تقصير منه (2) فهل يسوغ للدائن اقامة الدليل على تقصير المدين ام يكون على هذا الاخير اثبات نفي تقصيره ، افتراضا لما يقع في الغالب والقاء بعبء الاثبات على الخصم الاقدر استعدادا على تقديمه (3) ؟

ولا شك ان المدين هنا - اذا اراد التخلص من مسؤوليته عليه ان يسند عدم التنفيذ الى وقائع محددة تعتبر سببا اجنبيا لا يد له فيه (4) او بعبارة اخرى مساوية اذا اثبت الدائن وجود الالتزام قامت فورا على كاهل المدين قرينة مزدوجة . القرينة الاولى هي قرينة عدم التنفيذ والتي لا يمكن دحضها الا باثبات الوفاء بالالتزام ،والقرينة الثانية هي قرينة خطئه والتي لا يمكن نقضها الا باثبات السبب الاجنبي (5) .

---

(1) مازو وتانك ،نفس المرجع،فقرة 694 وما بعدها .
فان راين ،الرسالة المشار اليها .
سافاتييه ،المطول في المسؤولية المدنية ،الطبعة الثانية ،الجزء الاول ،فقرة 113 .
اسميان ،في المجلة الفصلية للقانون المدني ، 1933 ،فقرة 12 -3-ص647 وما بعدها .

(2) مازو وتانك ،نفس المرجع،الجزء الاول ،فقرات 653 وما بعدها .

(3) اسميان ،المقال المشار اليه ،ص647 وما بعدها .

(4) المجلة الفصلية للقانون المدني ، 1954 ،ص201 وما بعدها .

(5) تانك ،القوة القاهرة وانعدام الخطأ في المسؤولية العقدية ،المجلة الفصلية للقانون المدني ، 1945 ،فقرة 07 .

./.

اما اذا كان موضوع الالتزام امتناعا عن عمل ،او كان تنفيذ المدين لالتزامه معيبا ففي مثل هذه الاحوال يكون على الدائن اثبات واقعة الاخلال في جانب المدين باقامة الدليل على وقوع الفعل الذى تعهد بالامتناع عنه القاء بعبء الاثبات على الخصم الاقدر استعدادا على تقديمه (1) او اثبات العيب الذى اعتور التنفيذ افتراضا لما يحصل في الغالب على جرى العادة (2) •

ثانيا - تطبيق القاعدتين في الالتزام ببذل عناية (3) •

اذا كان موضوع الالتزام هو عناية معينة ،كالتزام الطبيب بتقديم العلاج للمريض- فان عدم تحقق النتيجة المرجوة - وهي في علاقة الطبيب بمريضه الشفاء ،لا يعتبر اخلالا من الطبيب بالتزامه • لان التزام هذا الاخير ليس هو تحقيق نتيجة الشفاء ولكن بذل العناية الكافية من اجل تحقيقها •

والمشكل هنا يثور حول ما اذا كان على الطبيب (المدين) اقامة الدليل على قيامه بالعناية اللازمة لنفي مسؤوليته ام يكون على المريض (الدائن) اثبات قصور الطبيب واهماله لتقوم مسؤوليته •

ان هذه المسالة - في فرنسا تثير جدالا بين الفقهاء هناك • فجمهور الفقهاء يرى بانه يتعين على المريض (الدائن) اقامة الدليل على وقائع محددة تفيد قصور الطبيب (المدين) عن العناية الواجبة (4) لان المدين لا يستطيع في الغالب اثبات

---

(1) مازو وتانك ،المرجع السابق ،الطبعة السادسة ،فقرة 964 •

(2) بيدكس ،المقال المشار اليه ،المجلة الانتقادية 1938 - ص657 •

(3) ويسميه البعض بالالتزام العام باليقظة والتبصر (من هؤلاء الاستاذ مازو) ويسميه البعض الاخر بالالتزام بوسيلة (obligation de moyen)

(4) ديموج ،المرجع السابق ،الجزء الخامس،فقرة 596 •
سافاتييه ،المرجع السابق ،الجزء الاول ،فقرة 113 •
مازو وتانك ،المرجع السابق ،فقرة 964 •
وراجع على الخصوص فان راين ،الرسالة المشار اليها ،فقرة 27 •

•/•

انه قام بالعناية اللازمة وانه التزم حدودها ،كما ان ذلك يعني من ناحية اخرى اشتراط اثبات الحرص واليقظة باستمرار من طرفه .

ومعلوم ان هذا الراى عند اصحابه يتاسس ايضا على القاعدتين المذكورتين "عبء الاثبات يقع على اقدر الخصوم " وهو هنا الدائن (المريض) و "افتراض ما يحصل في الغالب" وهو صحة تنفيذ المدين للالتزام الذى على عاتقه .

وبناء على ما تقدم يمكن القول بانه اذا كان الاثبات في الخطا يتحدد وفقا لطبيعة موضوع الالتزام لا وفقا لنوع المسؤولية فلا شك ان قواعد الاثبات في نوعي المسؤولية المدنية تبقى واحدة ولا يجب ان تخضع في حكمها الا لنظام واحد (1) .

فالمريض الذى يرتبط بعقد مع الطبيب ،عليه اذا اراد الحصول على التعويض بسبب ما يكون قد اصابه من اضرار نتيجة العلاج ان يثبت انحرافا في سلوك الطبيب (المدين) وذلك ببيان الوقائع المحددة التي تدل عن قصوره في العناية اللازمة .

وبالقياس يكون للمدعي المضرور ،الذى يؤسس دعواه على القواعد التقصيرية ان يثبت خطأ المدعى عليه المسؤول بتحديد كافة الوقائع على وجه الدقة التي ادت الى انحرافه عن السلوك المالوف . لان المادة 1382 مدني فرنسي عندما فرضت على الكافة واجب عدم الانحراف عن السلوك المالوف انما تكون قد القت في واقع الامر على كاهل كل فرد التزاما عاما ليس محله عدم الاضرار بالغير" ولكن محله هو" بذل عناية معينة لتفاديه " .

فكما ان المسافر يكتفي منه باثبات الاصابة اثناء النقل لتحقق مسؤولية الناقل الذى التزم بتوصيله معافى الى نقطة الوصول وهو هنا ليس التزاما ببذل عناية لازمة لتوصيله فكذلك المضرور الذى يستند في دعواه على المادة 1384 ،فانه يكفيه ان يقيم الدليل على الضرر الحاصل بفعل الشيء الذى في حراسته ،لان الحارس يلتزم بمنع

---

(1) فان راين ،الرسالة المشار اليها ،فقرات 27 و 31 .

./.

الشيء من احداث الضرر وموضوع التزامه هنا ليس مجرد بذل العناية اللازمة في مراقبة الشيء لمنعه من ايقاع الضرر.

وعلى هذا الاساس يمكن القول بان الاخلال بالالتزام يكون حاصلا فعلا بمجرد تحقق الضرر ومن ثم مقيما لمسؤوليته. وغني عن البيان ان كل من المسؤولية العقدية بالنسبة للمسافر او التقصيرية بالنسبة للمضرور لا يمكن نقضهما من طرف المدين الا اذا اثبت ان الضرر يرجع الى سبب اجنبي لا يد له فيه (1). (المادة 176 مدني جزائرى).

على ان الخلاف الفقهي الذى ثار في فرنسا حول تحديد نطاق تطبيق المادة 1315 مدني فرنسي وهل تقتصر عباراتها على حالة المطالبة "بتنفيذ الالتزام" ام تتسع لتشمل فوق ذلك حالة "المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ" لا يمكن ان يثور في الجزائر، لان المادة 323 مدني جزائرى عندما تنص "على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه" انما تكون قد قطعت بشمول معناها ووضوح مبناها، ايضا حالة المطالبة بالتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام(2).

وعليه يمكن القول مع البعض، بانه ينبغي على الدائن اثبات قيام الالتزام ثم يكلف المدين في الالتزام بغاية اثبات التخلص منه وفي الالتزام بوسيلة اثبات انه قام بالعناية اللازمة.

---

(1) د ومو، المرجع السابق، ص538 و 539.
كاربونييه، القانون المدني، الطبعة الرابعة، فقرة 74.

(2) يلاحظ بان هذه المادة المذكورة كالمادة الاولى، من قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية المصرى الصادر سنة 1966، وبالرغم من ذلك فان جانبا في الفقه المصرى يذهب الى قصر حكمها تاثرا بالراجح في فرنسا على حالة المطالبة بتنفيذ الالتزام للقول بان الدائن في الخطا العقدى يقع عليه عبء اثبات ان المدين لم ينفذ التزامه.
(راجع في تفصيل ذلك، د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق) فقرة 7 ص 34 وما بعدها.

./.

4 ـ اسس الاثبات وقواعده الجوهرية =

أن الحلول التي راجت عموما في الفقه الفرنسي حول مسالة الاثبات لم تستقم والاسس السليمة في الاثبات كما انها لم تستند الى مبادئه الجوهرية ذلك ان تحديد من يقع على كاهله عبء الاثبات من الخصمين يخضع في واقع الامر لمبدأ جوهري مقتضاه ان عبء الاثبات، لا يقع كما ادعى البعض على اقدر الخصوم استعداد على تقديمه وانما على من يدعي خلاف الاصل وهذا الاصل هو الوضع المالوف على جرى العادة بين الخصمين، الذى يعتبر الوضع المكتسب او القائم من احد تطبيقاته الجوهرية .

ـ المقصود بالوضع القائم والمكتسب = principe d'inertie

يقصد بقيام الوضع واكتسابه في مجال الاثبات ـ الحالة القانونية التي اقيم الدليل على وجودها ؛ ولا شك ان المادة 323 مدني جزائرى ليست سوى تطبيقا صادقا لهذا المبدأ .

ولما كان الاصل هو براءة ذمة الشخص، فليس غريبا ان يكون على من يدعي خلافه ـ ان يقيم البرهان على وجود الالتزام في ذمة المدعى عليه . ولما كان الاصل كذلك هو بقاء الوضع قائما ومكتسبا ـ فعلى المدين الذى يريد هدمه وازالته لصالحه ان يدعي خلافه باقامة الدليل على ذلك .

هذا وتجدر الاشارة الى ان الاثبات لا يقوم فقط على المبادئ سالفة الذكر بل يقوم ايضا على مبدأ آخر لا يقل اهمية وهو مبدأ الاحتمال الكافي او الراجح . وهذا المبدأ الاخير يعني ان المكلف بالاثبات ليس له ان يقيم الدليل على ادعائه بصفة دقيقة وكاملة كان يثبت على وجه الدقة كل الوقائع التي يفترضها ادعاؤه بل يقتضي منه هذا المبدأ المذكور ـ وجوب الاكتفاء باثارة العناصر الاساسية لدعواه وذلك بان يقدم من الادلة ما يكفي لترسيخ اقتناع القاضي على صحتها . فلا يفرض مبدأ الاحتمال الكافي على الخصم مثلا في عقد ابرمه ان يقيم الدليل الكامل على توافر اركان العقد التي يتطلبها القانون

./.

وبيان شروط صحتها على وجه الدقة . لان مثل هذا الامر يستحيل في الغالب اقامة البرهان عليه . اما اثارة العناصر الاساسية للدعوى فهو امر ممكن ولا يثير من الناحية المبدئية صعوبات كثيرة بالنسبة لمن يدعيها .

أ) تطبيق المداين في نطاق الالتزام الايجابي =

اذا كان الالتزام ايجابيا باعطاء او بعمل فانه طبقا للمادة 323 مدني جزائري يتعين على الدائن الذى يثبت هذا الالتزام ان يقدم فقط السند الذى كان مصدر الالتزام وهو العقد - ليبقى على المدين اقامة الدليل على الوفاء به او ان عدم حصول الوفاء كان نتيجة لسبب اجنبي لا يد له فيه فلو فشل المدين في ذلك قامت مسؤوليته فورا (1) والظاهر ان الدائن في هذه الحالة ليس له اقامة الدليل على اخلال المدين لالتزامه . فوجود الالتزام في ذمته ، يعتبر وضعا قائما لمصلحة الدائن الذى لم يدع بطلبه هذا امرا يخالفه . ولما كان هذا الوضع في الاصل قائما لمصلحة الدائن فانه يجب على المدين الذى يريد ازالته اثبات انقضاء الالتزام لسبب من الاسباب القانونية .

ب) تطبيق المداين في نطاق الالتزام السلبي =

اما اذا كان موضوع الالتزام امتناعا عن عمل فان المدين يعتبر منذ نشوء الالتزام قائما بتنفيذه طالما بقي ممتنعا عن الفعل الذى تعهد بعدم القيام به فاذا طالبه الدائن بالتعويض عن اخلاله بهذا الالتزام - كان يقوم المدين بالفعل المحظور - فانه يجب عليه (اى الدائن) اثبات زوال الوضع الذى كان قائما لمصلحة المدين ابتداء باقامة الدليل على وقوع العمل منه (2) . ويبدو للوهلة الاولى ، ان هذا الحكم يصطدم والقاعدة التي تقضي بتكليف المدين باثبات الوفاء ، بالتزامه . غير ان مثل هذا التفكير لا يستقيم مع المنطق - لان هذا الحكم يستند الى المبدأ العام الذى يقضي

---

(1) د .محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - فقرة 7 - ص 37 .

(2) اسميان ، المقال المشار اليه في المجلة الفصلية للقانون المدني 1933 - فقرة 12 - 2 .

./.

به قاعدة " القاء عبء الاثبات على من يدعي خلاف الاصل " والاصل هو الذى اصطلح عليه في الفقه بالوضع القائم والمكتسب .

اولا - اثبات الخطأ في الالتزام بنتيجة =

ووفقا للقواعد السالفة ، يخضع اثبات الخطأ في الالتزام بنتيجة في الاصل لقاعدة واحدة وهي قاعدة " القاء عبء الاثبات على من يكون مخالفا بادعائه للوضع القائم والمكتسب" وهو هنا اما ان يكون المدين ينفي الخطأ اذا كانت نتيجة الالتزام ايجابية او يكون على الدائن اقامة الدليل عليه اذا كانت نتيجة الالتزام سلبية . وهذه الطريقة لا يمكن من الناحية المنطقية تاسيسها على استحالة اثبات عدم تنفيذ الالتزام الايجابي او تنفيذ الالتزام السلبي لالقاء بعبء الاثبات على اقدر الخصوم . فقاعدة تكليف المدعي باثبات ادعائه هي قاعدة مطلقة حتى ولو اسس دعواه على واقعة سلبية . وعلى هذا الاساس لا يجوز اعفاء المدعي من الاثبات لصعوبته او استحالته ليلقي بعبء الاثبات) اثبات العكس على خصمه خلافا للقانون . فلو سلمنا جدلا بذلك كان من السهل على غير ذى حق كسب دعواه اذا كان يتعذر على صاحب الحق اثباته .

وتجدر الاشارة ، الى انه اذا حصل الوفاء فعلا من المدين او ان الدائن قدم اقرارا على حصوله ، تاكدت براءة ذمة المدين . واعتبرت سلامة تنفيذ الالتزام هي الاصل (اى الوضع القائم والمكتسب لمصلحته) دونما حاجة الى اقامة الدليل من طرفه على صحة هذا التنفيذ في كل تفصيلاته اخذا بمبدأ الاحتمال الراجح . ولا يصبح للدائن الذى يدعي عيبا في التنفيذ او تقاعسا فيه الا اثبات هذا العيب الذى يعتور سلامة التنفيذ او يثبت التماطل فيه ازالة للوضع المضروب لصالح المدين ابتداء .

ثانيا - اثبات الخطأ في الالتزام ببذل عناية=

يلاحظ ايضا بان تطبيق القواعد السالفة هو ذاته بالنسبة للالتزام الذى

./.

موضوعه بذل عناية معينة • فحين يبرهن الدائن مثلا على وجود الالتزام وفقا لنص المادة 323 مدني جزائري فانه يكون للمدين من ناحية اخرى ان يثبت بالدليل - قيامه بتلك العناية المطلوبة على الوجه المتفق عليه (1) •

وغني عن البيان ان طريقة الاثبات سواء من ناحية الدائن او من ناحية المدين ترتكز دائما على ذات القاعدة التي ذكرناها من قبل وهي قاعدة "الاحتمال الراجح " •

وهكذا - يمكن القول بانه اذا تجح المدين في اثباته ، بقي على الدائن الذى يدعي قصورا في سلوك المدين عن القدر اللازم من العناية - فقط ازالة الوضع الذى قام لمصلحته (المدين) وذلك بتقديم الوقائع المحددة التي تجعل المدين مقصرا في بذل العناية المطلوبة • ومن اظهر هذه الحالات خاصة ما تثيره علاقة الطبيب بمرضاه عندما لا يلتزم حدود الاصول الفنية لمهنته اثناء تقديم العلاج (2) •

ثالثا - اثبات الخطأ التقصيرى =

ويخضع الخطأ التقصيرى في اثباته ايضا الى ذات القواعد التي سبقت الاشارة اليها • وهي قاعدة عبء الاثبات تقع على كاهل من يدعي خلاف الاصل • وقاعدة تاسيس الادعاء على مبدأ الاحتمال الراجح او الكافي • وعليه فان المضرور الذى يطالب بالتعويض على اساس المواد 138 و 139 من القانون المدني الجزائرى وهي المواد الخاصة بالمسؤولية الناشئة عن الاشياء - يكتفي منه فقط باثبات حصول الضرر بفعل الشيء • لان موجب الحراسة -

(1) بينيكس، المقال المشار اليه في المجلة الفصلية للقانون المدني ، 1938 ، ص673 ومابعدها
(2) نقض فرنسي ، 23 يونيو 1936 ، في دالوز الدورى ، 1936 ، ص444 •
نقض فرنسي ، 27 يونيو 1939 ، في سيرى 1940 ، 1 ، 73 تعليق "مورال " •

• / •

ـ وفقا لهذه المواد ـ موضوعه نتيجة سلبية تتمثل في منع الحيوان من الايذاء او الشيء من احداث الضرر بالغير . ومن ثم يعتبر الحارس قائما بالتزامه طالما لم يحصل الضرر . ولكن اذا قام الغير باقامة الدليل على حصوله فعلا بواسطة الحيوان او الشيء ، فان هذا الغير المتضرر يكون قد ازال ـ اثباتا ـ الوضع القائم لمصلحة الحارس ابتداء . وعلى هذا النحو ـ تقوم مسؤولية الحارس الا اذا استطاع اكتساب الوضع من جديد لصالحه كان يسند الضرر لسبب اجنبي لا يد له فيه .

اما اذا طالب شخص بالتعويض وفقا للمادة 124 من القانون المدني فانه يكون بادعائه هذا هادفا ـ قلب الوضع القائم ومحاولة تغييره لصالحه وهو الوضع المتمثل في براءة ذمة الشخص التي تعتبر هي الاصل . وان بادعائه هذا يكون مخالفا لها .

وعلى هذا الاساس يتعين عليه تحقيقا لهذا الفرض ـ اقامة الدليل على الالتزام بالتعويض وفقا للمادة 323 مدني جزائرى وذلك باشارة الوقائع المحددة التي تدل على انحراف في سلوك الشخص المسؤول . اى اثبات الخطأ في جانبه لان المادة 124 مدني جزائرى عندما تفرض واجبا عاما على الكافة بعدم الاضرار انما تجعل في حقيقة الامر موضوع هذا الموجب العام هو بذل عناية الرجل المعتاد وليس تحقيق نتيجة معينة بذاتها (1) .

ونخلص مما تقدم ، الى ان الخطأ في المسؤولية المدنية عقدية كانت ام تقصيرية ، يخضع من حيث اثباته الى قواعد واحدة خلافا لما يقرره انصار الازدواج في هذا الشأن .

---

(1) في نفس هذا المعنى ، د . محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص 41 وما بعدها .

./.

المبحث الخامس = اختلافهما من حيث مدى الاهلية .

ويجد انصار هذه النظرية تاكيدا لرايهم في الازدواج بين نوعي المسؤولية المدنية فارقا اخر لا يقل اهمية عن الفوارق الاخرى التي سبق التعرض اليها - يتعلق بمدى الاهلية في كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية . ففي نطاق العقد يرون بان المسؤولية الناشئة عنه يجب من حيث الاصل لتحققها توافر الاهلية الكاملة للمتعاقد . بحيث لا يمكن مساءلته الا اذا كان بالغا رشيدا .

اما خارج نطاق العقد اى في مجال المسؤولية التقصيرية ،فانه يمكن مساءلة الشخص حتى ولو يتمتع باهلية كاملة . فتوافر التمييز يكفي في نظرهم لقيامها (1) وحجتهم في ذلك هي ان المسؤولية العقدية تفترض بالضرورة قيام عقد صحيح بين المسؤول والمضرور يتطلب دائما منهما اهلية القيام بالتصرف القانوني في حين ان المسؤولية التقصيرية على العكس لا تستند الى عقد بل ترتكز اساسا على انحراف في سلوك المسؤول الذى يشترط فيه فقط ان يكون متمتعا بقدرته على التمييز . ومن هذا المنطلق قرروا بان الاهلية التقصيرية اوسع مدى من الاهلية التعاقدية (2) .

غير ان هذا الراى لا يقوى على ايسر النقد لانه يقوم على تحليل غير عميق ويخلط بشكل واضح بين فكرة المسؤولية العقدية والاثر المترتب عليها او بعبارة اخرى لا يميز بين الالتزام العقدى والاثر المترتب على عدم تنفيذه (3) فاهلية التعاقد

(1) راجع المادة 1/125 من القانون المدني الجزائرى -
(2) اندرى بران ،الرسالة المشار اليها ،فقرة 10 ص 21 وما بعدها .
جوسران ،دروس في القانون المدني الفرنسي ،الجزء الثاني رقم 455 .
ديموج ،المطول في الالتزامات بصفة عامة ،الجزء الثالث ،رقم 312 ص 509 .
كولان وكابتان ،دروس اساسية في القانون المدني الفرنسي ،الجزء الاول ،ص 438 .
(3) اندرى بران ،نفس المرجع ،فقرة 12 - ص 23 وما بعدها .

./.

مسالة لا تتعلق الا بالالتزام المقدى ولا دخل لها في الالتزام بالتعويض عن الضرر الذى ترتب على الاخلال به • ومن ثم لا وجه للمقابلة بين الاهلية التعاقدية التي تتعلق بالالتزام العقدى "والاهلية" التقصيرية التي تتعلق بالالتزام بالتعويض.

وبناء عليه يمكن القول بانه اذا قام عقد صحيح بين طرفيه تعين على المدين تنفيذه والا قامت مسؤوليته التعاقدية بل وتظل قائمة في راى البعض حتى ولو فقد اهليته بعد ذلك (1) •

كما ان ناقص الاهلية - في راى البعض الاخر، يظل ملتزما بالعقد الذى انشأه حتى في حالة نقص اهليته فيبقى مسؤولا عن تنفيذه طالما لم يتقرر ابطاله (2) وفي نفس هذا السياق يقرر فقهاء اخرون بان القاصر يلزم حتى بالعقد الذى قام به نائبه ومن ثم فان مسؤوليته تقوم حالة الاخلال به (3) •

اما بالنسبة لعدم مسؤولية المجنون تعاقديا فيرى البعض بان ذلك ليس سوى تطبيقا لمبدأ عدم مسؤولية عديم التمييز المسلم به في نطاق المسؤولية التقصيرية ولكن هذا الراى لم يحظى باجماع الفقه، ولعل من اشد الاراء انتقادا لمبدأ عدم مسائلة المجنون في نطاق المسؤولية التقصيرية ما يقول به الفقيهان مازو وتانك - اللذان يقرران بامكان قيام المسؤولية العقدية للمجنون عن عدم تنفيذ التزامه العقدى على غرار ما قرراه بالنسبة لمسؤولية عديم التمييز في نطاق المسؤولية التقصيرية (4) ولكن هذا الراى غير سديد وذلك انه لا يمكن قيام المسؤولية العقدية للمجنون، لان العقد الذى يقدم عليه، يعد من اساسه باطلا (5) ولا وجود له من الناحية القانونية ومن شروط هذه المسؤولية هو قيام عقد صحيح •

---

(1) د • عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق، فقرة 511 •

(2) اندرى بران، الرسالة المشار اليها، فقرة 13 •

(3) فان راين، الرسالة المشار اليها، فقرة 24 •

(4) مازو وتانك، المرجع السابق، الجزء الاول فقرة 678 والجزء الثاني فقرة 1588 •

(5)

• / •

المبحث السادس = ازدواجها من حيث المسؤولية عن فعل الغير.

ويحاول البحث عقد مقابلة بين نوعي المسؤولية المدنية عن فعل الغير لاستخلاص بعض الفروق الاخرى بين المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير والمسؤولية التعاقدية عن فعل الغير.

1 ـ المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير =

هذا النوع من المسؤولية المدنية ، كما هو معلوم منصوص عليه في المواد 134 مدني جزائري وما بعدها . وهي المواد التي بينت انواعها كما اهتمت ببيان شروط قيامها . وبالرجوع الى هذه المواد الناظمة للمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير وما يماثلها من مواد في التشريعات الاخرى ، يقرر انصار المذهب الكلاسيكي ، من خلال التفسير الذى اعطوه لمثل هذه المواد ـ بأن المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير هي مسؤولية محددة وضعت لها مقاييس معينة ، يتطلب تحققها توافر جملة من الشروط الدقيقة . كما ان حالاتها محددة ايضا على سبيل الحصر حيث لا يمكن تصور حالات قانونية اخرى مشابهة عدا الحالات التي ذكرها القانون (1) .

2 ـ المسؤولية العقدية عن فعل الغير =

يلاحظ بالنسبة لهذا النوع من المسؤولية المدنية ، ان المشرع لم يحصر حالاتها ولم يضع لها قيودا كتلك التي يحفل بها نظام المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير . وهو الامر الذى يجعل مسؤولية المدين فيها غير محددة عمن يستخدمهم في تنفيذ الالتزام العقدى معاونين كانوا او بدلاء ولا عبرة لطبيعة العلاقة الناشئة بين المدين وهؤلاء المستخدمين (انظر المادة 2/178 مدني جزائرى) .

---

(1) راجع في ذلك المواد 134 ، 135 ، 136 ، 137 من القانون المدني الجزائرى .

./.

وهكذا يظهر في نظر هؤلاء ، الخلاف الكبير بين نظامي المسؤولية المدنية عن فعل الغير سواء من حيث شروط قيامها او من حيث القيود الواردة عليها (1) .

فبالنسبة لمسؤولية متولي الرقابة وهي نوع من انواع المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ، فنجدها تنصرف وفقا لنص المادة 135 / 1 مدني الى الاب وبعد وفاته الام . كما ان المكلف بالرقابة ، يستطيع ان يتخلص من مسؤوليته المفترضة وفقا للفقرة الثانية من نفس المادة اذا اثبت انه قام بواجب الرعاية او اثبت ان الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية ، او في عبارة مساوية ، يستطيع متولي الرقابة ان يتحلل من مسؤوليته المفترضة عما يرتكبه الموضوع تحت الرقابة من افعال ضارة وذلك بدحض الخطأ الذى افترض في جانبه كان يقيم الدليل على قيامه بموجب الرعاية الذى تستلزمه اصول التربية السليمة (2) .

في حين ان المدين لا يستطيع اذا اراد التخلص من مسؤوليته عن الاخلال بالالتزام العقدى الذى ينسب الى من عهد اليهم بتنفيذه ان يثبت مثلا حسن اختياره لهم او انه لم يرتكب خطأ في ادارة نشاطهم - وعليه تقوم مسؤولية المدين عن هؤلاء الا اذا رجعت واقعة عدم التنفيذ او التاخير فيه الى سبب اجنبي لا يد للمستخدمين فيه .

3 - تقدير هذا الراى =

الواقع ان هذه المقابلة التي يعقدها اصحاب هذا الراى بين المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير والمسؤولية العقدية عن فعل الغير هي مقابلة

---

(1) د . محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، فقرة 9 - ص 44 وما بعدها .
(2) راجع المادة 135 من القانون المدني الجزائري .
وكذلك د . نور الدين تركي ، المرجع السابق ، ص 123 وما بعدها .

. / .

يحوزها السند ولا تقوى على التحليل القانوني السليم • لان متولي الرقابة مثلا وفقا للمادة 135 مدني جزائرى او المتبوع وفقا للمادة 136 مدني جزائرى مسؤولان بالفعل عن الاعمال الضارة التي يرتكبها الموضوع تحت الرقابة او التابع؛ وهذان النوعان من المسؤولية التقصيرية يعتبران حقيقة مسؤولية عن فعل الغير• التي تتأسس اما استنادا الى تقصيره في التربية او الرقابة بالنسبة لمسؤولية المكلف بالرقابة واما استنادا الى فكرة تحمل التبعة او فكرة الضمان وفقا لراى البعض بالنسبة لمسؤولية المتبوع عن افعال تابعه (1) وهكذا تقوم مسؤولية هؤلاء حقيقة عن فعل غيرهم (2) على عكس مسؤولية المدين عن عدم التنفيذ الذى يعزى الى من يستخدمهم • فهذا النوع الاخير من المسؤولية المدنية لا يعتبر في راى البعض سوى مسؤولية شخصية لا "غيرية" والسبب في ذلك مرده الى ان المسؤولية العقدية قائمة على عاتق المدين بمجرد حصول الاخلال بالالتزام العقدى سواء نسب هذا الاخلال اليه شخصيا او رجع الى اشخاص يستخدمهم في تنفيذ العقد • وهذا ما يعبر عنه بصدق الفقيه " فيرارا " الذى يرى بأن المكلف بتنفيذ العقد بدل المدين الاصلي في الحقيقة هو امتداد لشخصية هذا المدين (3) وفي نفس هذا السياق ،يمكن القول مع البعض،بأن نشاط هؤلاء المستخدمين في نظر الدائن هو كنشاط المدين الاصلي تماما وعليه يستوى فعل هؤلاء المستخدمين او المعاونين بفعل المدين فخطؤهم في نطاق العقد يعتبر كخطأ المدين الاصلي مهما كانت جسامته او بعبارة اخرى مساوية ،ان الخطأ

---

(1) الواقع ان هناك خلافا فقهيا كبيرا في الاساس يقوم عليه هذا النوع من المسؤولية فالبعض يرجعها الى فكرة الضمان والبعض الاخر الى فكرة الحلول الا ان خير اساس لها هو القانون – راجع د • على علي سليمان – محاضرات في المسؤولية غير مطبوعة ،لطلبة الماجيستير – 1979 (resp. de plein droit) •

(2) فان راين – الرسالة المشار اليها – فقرة 32 •

(3) راجع مازو وتانك – المرجع السابق – فقرة 992 – ص 1047 •

الجسيم او الغش الذى يصدر من هؤلاء في تنفيذ العقد يعتبر خطأ جسيما اوغشا ارتكبه المدين الاصلي يقيم دائما مسؤوليته الشخصية (1) • وترتيبا على هذا التحليل يرفض اصحاب هذا الراى فكرة المسؤولية العقدية عن فعل الغير ويقولون فقط بالمسؤولية الشخصية للمدين سواء عمد الى تنفيذ الالتزامات العقدية بنفسه او استعان بتنفيذها بغيره • وهكذا يخلصون الى القول بعدم صحة المقابلة التي يعتمدها الفقه التقليدى بشأن المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير والمسؤولية العقدية عن فعل الغير (2) •

المبحث السابع = ازدواجهما من حيث التعويض =

في هذا المبحث نحاول ،تسليط الضوء على الاختلاف الموجود بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في مجال التعويض،لان الفروق بين هذين النوعين لا ينحصر في اساسهما ،على الوجه الذى قدمناه ،بل يمتد كذلك في راى البعض الى الاثار المترتبة عليهما • لذلك راينا ان نعالج هذه الفروق المتعلقة بالتعويض بين المسؤولين في نواحي متعددة • فندرس شكل التعويض ونحاول بيان مداه لنقف اخيرا على سعته في كل من المسؤوليتين

وغني عن البيان ،ان انصار الازدواجية ،يذهبون الى ان التعويض في المسؤولية العقدية يكون دائما مبلغا من النقود ويقتصر فقط على الضرر المباشر المادى منه دون الادبي/ •• في حين انه يتخذ في نطاق المسؤولية التقصيرية الطريق الاكثر ملاءمة لطبيعة الضرر الحاصل بحيث يشمل فضلا عن الضرر المادى الضرر المعنوى ايضا •

---

(1) د • محمود جمال الدين زكي ،الوجيز في نظرية الالتزام ، 1976 ـ فقرة 198 •
نقض فرنسي 23 نوفمبر 1948 ،سيرى 1949 ، 1 ، 27 •
نقض فرنسي (الدوائر المجتمعة) 11 مارس 1960 ،دالوز 1960 ،قضاء ،ص 277 •
(2) راجع على الاخص ،روديير ،هل توجد مسؤولية تعاقدية عن فعل الغير ،دالوز 1952 ، فقه ـ ص 79 •

•/•

والظاهر، ان قاعدة "نقدية التعويض في المسؤولية العقدية" لم يكتسب لها الرواج في الفقه والقضاء الفرنسيين في نطاق المسؤولية التقصيرية لكن بعض الفقهاء، يسلم بها من حيث المبدأ في مجال المسؤولية التقصيرية مع تقييدها باستثناء الحالة التي يكون التعويض فيها شيئا اخر غير النقود (1) .

غير ان الراى الراجح - فقها وقضاء - يسلم بالسلطة الكاملة للقاضي في اختيار الطريقة الامثل والملائمة لجبر الضرر او ازالته . لان المادة 1382 مدني فرنسي (وتقابلها المادة 124 مدني جزائرى) عندما الزمت محدث الضرر بتعويضه لم تبين من حيث عمومية معناها شكلا او طريقة خاصة يعتمد عليها كاساس للتعويض. فضلا عن ان المسؤولية المدنية في الجوهر قائمة على فكرة اعادة التوازن الذى يكون قد اختل نتيجة الضرر باعادة حال المضرور الى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر (1) سواء عن طريق التعويض النقدى اوعن طريق التعويض العيني الذى يتمثل في ازالة الضرر في الحال عند الامكان (2) او في قطع استمراره في الاستقبال (3) .

ولا شك ان هذا المبدأ هو الذى اثر عليه المشرع الجزائرى في المادة 132/ 2 من القانون المدني عندما نص على انه " يقرر التعويض بالنقد على انه يجوز للقاضي وتبعا للظروف وبناء على طلب المضرور بان يامر باعادة الحال الى ما كانت عليه او ان يحكم وذلك على سبيل التعويض باداء بعض الاعانات تتصل بالعمل غير المشروع"

وهذا هو الحكم الذى حفلت به المادة 2/172 من القانون المدني المصرى التي جاءت في صياغتها وفي معناها مطابقة للمادة المذكورة اعلاه (4) .

(1) نقض فرنسي ، 9 مايو 1972 جازيت دي باليه، 1972، 2، 540.
(2) السين التجارية، 18 مايو 1934، جازيت دى باليه، 1934، 2، 176.
(3) نقض فرنسي ، 16 مارس 1964، دالوز 1964، مختصر، ص 106 وما بعدها .
(4) تنص المادة 2/172 مدني مصرى على انه " يقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور ان يامر باعادة الحال الى ماكانت عليه او ان يحكم باداء امر معين يتصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض" .

./.

1 ـ شكل التعويض في المسؤولية العقدية وفي المسؤولية التقصيرية =

يرى البعض بان التعويض في نطاق المسؤولية العقدية لا يمكن ان يكون الا تعويضا نقديا . كما انه ليس للقاضي سلطة في تغيير شكله كان يجعل موضوعه شيئا اخر غير النقود . ويتاسس هذا الراى في نظر اصحابه على القاعدة القديمة التي سادت في ظل القانون المدني الفرنسي القديم والتي ظهرت معالمها في القانون المدني الحديث الذى اورد تطبيقا هاما لها في مادته 1142 مدني فرنسي التي تقضي بان "كل التزام بعمل او بامتناع يتحول الى تعويض في حالة عدم تنفيذ المدين له .." ويرجع البعض هذه المادة الى المبدأ الروماني القديم الذى كان يقضي "بعدم اجبار الفرد في شخصه على عمل او امتناع عن عمل" "nemo praecise protest cogi ad factum".

هذا وتجدر الاشارة الى ان القضاء الفرنسي اخذ بعبارات المادة 1142 سالفة الذكر، قد قصر نطاق تطبيق هذه القاعدة فقط في الالتزام بعمل او بامتناع. غير انه بالنسبة للالتزام الذى موضوعه اعطاء شيء (1) اجيز للقاضي حالة استحالة التنفيذ بخطا المدين ان يامره برد شيء مثله ولو تطلب ذلك اللجوء الى التهديدات المالية لحمله على ذلك (2) .

+ موقف القانون الجزائرى من المسألة =

نصت المادة 132 من القانون المدني الجزائرى على انه " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح ان يكون التعويض مقسطا ، كما يصح ان يكون ايرادا مرتبا ، ويجوز في هاتين الحالتين الزام المدين بان يقدر تامينا .

---

(1) ومع ذلك يعتبر محل الالتزام بالتسليم عملا معينا ، وليس اعطاء شيء (راجع الوجيز في نظرية الالتزام للدكتور زكي ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، فقرة 97) .

(2) د . محمود جمال الدين زكي ، مشكلا المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، فقرة 11 ص 53 وكذلك الاحكام التي اشار اليها في الهامش.

./.

ويقدر التعويض بالنقد ،على انه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور ان يامر باعادة الحال الى ما كانت عليه ،او ان يحكم وذلك على سبيل التعويض باداء الاعانات تتصل بالعمل غير المشروع" .

والظاهر ان هذه المادة تجيز صراحة ،التعويض العيني بكل صوره في نطاق المسؤولية التقصيرية . غير ان المشرع الجزائري اغفل الاحالة الى هذه المادة في نطاق المسؤولية العقدية . بل ولم يرد في المادة 182 منه والخاصة بالتعويض القضائي (1) سوى الاشارة الى التعويض النقدى حيث نصت هذه المادة على ما يلي " اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد او في القانون فالقاضي هو الذى يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او التاخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول " .

وعلى ذلك يمكن ان نستنتج من مضمون نص هذه المادة ـ بأن الدائن في الالتزام العقدى لا يكون له حالة استحالة التنفيذ فعلا او حكما الا المطالبة بالتعويض النقدى .

ولا يقدح في هذا التاويل ان اجيز للدائن في المادة 173 مدني جزائرى اذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل ان يطلب ازالة ما وقع ،نتيجة عدم تنفيذ الالتزام . لان تنفيذ الالتزام السلبي في واقع الامر يكمن في مجرد الامتناع ولا يكمن في ازالة المخالفة (2) .

---

(1) راجع المادة 221 مدني مصرى الخاصة بالتعويض القضائي التي لم تشر هي الاخرى سوى للتعويض النقدى .

(2) في هذا المعنى / د . محمود جمال الدين ،مشكلات المسؤولية المدنية ،المرجع السابق فقرة 11 ـ ص 64 .

./.

على ان الغالبية في الفقه الفرنسي والمصرى ترى في هذه الازالة تنفيذا عينيا للالتزام وليس تعويضا عنه • لان الدائن في رايهم سوف يحصل على الاقل مستقبلا على عين حقه (1) ومما يؤكد هذا المسلك ما ورد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدني المصرى من تعليق حول المادة 289 من المشروع وهي المادة المقابلة لنص المادة 212 من القانون المدني المصرى •

ويبدو للوهلة الاولى ، ان ظاهر المادة (اى المادة 212 مدني مصرى) يوحي باقتصارها على الاعمال المادية المخالفة للالتزام بالامتناع عن القيام بها • ولكن ذلك غير صحيح • حيث لا يوجد مانع من تطبيق حكمها ولو بطريق القياس على التصرفات القانونية ايضا ، كان يلتزم العاقدان مثلا - بالامتناع عن اجراء اى تصرف قانوني من شانه اعاقة تنفيذ العقد الحاصل بينهما • فاذا اخل احد الطرفين بالتزامه هذا وتصرف ، تعين الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف - ازالة لما وقع مخالفا للالتزام - اى تنفيذا عينيا له • لان الدائن سوف يحصل على عين حقه - وربما في صورة اكثر وضوحا مما توفره له ازالة العمل المادى لان التصرف القانوني الواقع من المدين المخالف لالتزامه - يعتبر كان لم يكن اصلا متى قضى بعدم نفاذه • وهذا في راينا هو التاويل الذى ينبغي التعويل عليه في تفسير المادة 173 من القانون المدني الجزائرى التي لا تختلف في شيء عن المادة 212 مدني مصرى •

2 - مدى التعويض في المسؤوليتين =

أ) مداه في الضرر المباشر وغير المباشر =

يشمل التعويض في نطاق المسؤولية العقدية ، وفقا للمادة 1149 مدني فرنسي ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب (انظر المادة 182 مدني جزائرى)

---

(1) بوريس ستارك ، المسؤولية المدنية في وظيفتها المزدوجة كضمان وكعقوبة خاصة ، رسالة باريس سنة 1947 - ص 289 وما بعدها •

كما انه يتقصر وفقا للمادة 1151 منه على ما يعتبر نتيجة مباشرة لعدم تنفيذ العقد او ما اصطلح عليه في الفقه بالضرر المباشر (انظر المادة 182 مدني جزائري) • اما الضرر غير المباشر - وباعتباره اثرا بعيدا لعدم الوفاء، فهو في الراجح خارج عن وعاء التعويض• ومن ثم يتعين على القاضي استبعاده حتى ولو كان الاخلال بالالتزام العقدى وليد غش المدين او خطئه الجسيم •

اما في المسوءولية التقصيرية فيلاحظ ان القاضي يراعي ايضا الخسارة اللاحقة والكسب الفائت وذلك اعمالا لسلطته التقديرية الواسعة في هذا المضمار (1) فيعوض الاضرار المباشرة التي كانت نتيجة حتمية وضرورية للفعل الضار• بل ذهب قلة في الفقه الى التوسيع من مدى التعويض في نطاق المسوءولية التقصيرية حيث جعلته لا يقتصر فقط على الاضرار المباشرة فقط - بالمعنى الذى سبقت الاشارة اليه - بل يشمل فوق ذلك وخلافا لما تقضي به المادة 1151 فرنسي كل الاضرار حتى ولو لم تتصل مباشرة بالفعل غير المشروع او كانت مجرد اثر بعيد له• وهذا الراى قد تاثر به القضاء البلجيكي واقرته محكمة النقض هناك (2) •

لكن الجمهور في فرنسا لم يساير هذا الحل ولم يسلم بما ذهب اليه القضاء البلجيكي، حيث قرر بان المادة 1151 مدني فرنسي في الحقيقة ليست سوى تطبيقا في المسوءولية العقدية لمبدأ عام في المسوءولية المدنية• وهذا المبدأ العام مقتضاه ان التعويض لا يمكن ان يشمل الا الاضرار المباشرة (3) •

---

(1) اندرى بران، الرسالة المشار اليها، فقرة 58 •
(2) انظر الاحكام المشار اليها في فان راين، الرسالة المشار اليها - ص 61 هامش 2 •
(3) جوريس - قدر التعويض في القانون المدني - رسالة ليل 1911 - ص 79-80

ويستند البعض الاخر تاكيدا لهذا المبدأ العلم الى المادة 1151 مدني فرنسي ايضا ، وهي المادة التي قضت بانه في حالة غش العاقد يجب تعويض الدائن على الضرر المباشر . ومما يفسر مسلكهم هذا هو ان هذه المادة السالفة ، تنطبق في المسؤولية التقصيرية انطباقها في المسؤولية العقدية ، على اعتبار ان المدين الذى يقترف غشا في تنفيذ التزامه ، يكون في ذات الوقت مرتكبا لفعل غير مشروع يخرجه من الحقل التعاقدى ليقيم عليه خلافا - للمعتاد - الجزاء العمومي الذى تفرضه المسؤولية التقصيرية (1) .

وتتجه الاغلبية في الفقه ، تبريرا لهذا المسلك ، الى الاكتفاء بفكرة ضرورة توافر علاقة السببية بين الفعل الضار ونتيجة لتحقق المسؤولية . وتبعا لذلك يقررون بأن الضرر المباشر هو وحده الذى يستوجب التعويض لانه يعتبر نتيجة محققة وطبيعة للخطأ (2) اما الضرر غير المباشر فقد لا يكون نتيجة محققة له وان وقع بمناسبته وهكذا يخلصون الى نفي كل سببية بين الفعل الضار والضرر غير المباشر وهو ما يبدو في رايهم كافيا لرفع المسؤولية .

والظاهر ان القضاء الفرنسي ياخذ براى الجمهور في هذا الشان ويستلزم للحكم بالتعويض - في المسؤولية التقصيرية ان يكون الضرر مباشرا والذى لا يتحدد كما راينا الا عن طريق توافر رابطة السببية بينه وبين الفعل الضار (3) .

وتجدر الاشارة الى ان القانون المصرى في مادته 221 مدني قد قصر التعويض فقط على الضرر المباشر . ويقول البعض ، ان ورودها (اى المادة 221 مصرى) في اثار الالتزام يكون قد قطع كل شك في انصراف حكمها واتساعه الى نطاق المسؤولية التقصيرية ايضا (4) . وهو الحل الذى آثر عليه القانون المدني الجزائرى في مادته 182 / 1

---

(1) فان راين ، الرسالة المشار اليها ، فقرات 48 وما بعدها .
(2) مازو وتانك ، نفس المرجع ، فقرات 1669 و 1672 .
نقض فرنسي 1926/10/16 دالوز 1927 - 1 - 101 تعليق " رواست " .
(3) راجع نقض فرنسي 07 فيفرى 1962 في دالوز 1963 ، مختصر ، ص 9 .
(4) د . محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الالتزام ، الجزء الاول ، فقرة 262 .

./.

التي نصت" ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او للتاخر في الوفاء به • ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول " •

وهكذا نرى بان المشرع الجزائرى قد قصر التعويض ايضا على الضرر المباشر وهو الذى اعتبره نتيجة طبيعية للخطأ اى لعدم الوفاء بالالتزام او التاخر فيه ، وبهذا الاسلوب يكون قد استبعد من نطاق التعويض الضرر الذى يكون آثرا بعيدا له وهو الضرر الذى لا تتحقق – في الراجح – رابطة سببية بينه وبين الخطأ •

واخيرا ، يمكن القول – بان ورود المادة 182 مدني جزائرى في الباب الثاني الخاص باثار الالتزام يفيد انبساط حكمها ايضا على العلاقات غير التعاقدية ايضا •

<u>ب) مدى التعويض عن الضرر المادى والادبي في المسوءوليتين</u> =

<u>أ) في المسوءولية العقدية</u> =

ان التعويض في نطاق المسوءولية العقدية في راى البعض في فرنسا ، لا يشمل الا الضرر الذى يلحق المال ، اى الضرر المادى • لان موضوع العقد في راى هوءلاء يكون دائما <u>مصالح مادية</u> • ومن ثم يفترض في التعويض الذى يطلبه الدائن من المدين ان يكون نتيجة الاخلال بهذه المصالح المادية التي يجسدها العقد (1) والواقع ان هذا الراى يجد سنده في نص المادة 1149 مدني فرنسي التي بقصرها التعويض في لخسارة اللاحقة والكسب الفائت للدائن انما تكون قد افادت – ضمنا – ما يمكن ان يشمله التعويض • فلا يقتصر هنا في واقع الامر

---

(1) مازو وتانك ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، فقرة 301 وما بعدها •
كاربونييه ، القانون المدني ، المرجع السابق ، رقم 89 ص 306 وما بعدها •

•/•

- الا على الاضرار المادية التي تؤثر سلبا في الذمة المالية للدائن ولا عبرة للاضرار المعنوية او الادبية التي لا تدخل في نطاق الذمة المالية ولا تؤثر فيها ان حصلت ·

ب) في المسؤولية التقصيرية =

وخلافا للمسؤولية التعاقدية يتجه الفقه والقضاء الفرنسيان الى جواز التعويض عن الضرر الادبي سواء لحق بالشرف او بالاعتبار او بالسمعة للشخص المتضرر (وهذا ما يعبر عنه الفقه بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية) او سواء احدث بالعاطفة أو الشعور الاما واحزانا (وهذا ما يعبر عنه بالجانب العاطفي للذمة المعنوية) ·

والظاهر ان هذا التمييز بين نوعي المسؤولية المدنية بشأن التعويض الادبي - يرجع في راى القائلين به الى كتابات" دوما وبوتيي " اللذين رفضا فيما يبدو - فكرة التعويض عن الضرر الادبي في نطاق المسؤولية العقدية واجازاه في المسؤولية التقصيرية جهلا او تجاهلا منهما بما كان سائدا في القانون الروماني الذى سوى بينهما في المسؤوليتين (1) ·

ومما يؤخذ على هذا الراى الذى رفض التعويض عن الضرر الادبي في نطاق المسؤولية العقدية هو كونه لا يستند في واقع الامر الى النصوص القانونية كما انه لا يستجيب لابسط مقتضيات المنطق والعدل · لذلك هجره الفقه الفرنسي وعزف عنه القضاء هناك وانعقدت الكلمة اليوم في فرنسا - فقها وقضاء - حول وجوب التعويض عن الضرر المعنوى في المسؤولية العقدية على غرار ما هو مقرر في المسؤولية التقصيرية ·

---

(1) انظر مازو وتانك ،المسؤولية ،المرجع السابق ،فقرة 299 ·

·/·

- موقف القانون المصرى والجزائرى من المسالة =

وفي مصر وبالرغم من تشابه صياغة المادة 121 مدني مصرى قديم بصياغة المادة 1149 مدني فرنسي فان الفقه هناك (1) متبوع بقضائه (2) يجيز دون ادنى تردد، التعويض عن الضرر المعنوى في نطاق المسؤولية العقدية .

لكن في ظل التقنين المدني الجديد ،نجد المشرع المصرى في المادة 1/222 يقرر صراحة جواز التعويض عن الضرر المعنوى . ولقد جاء في نص المذكرة الشارحة للمشروع التمهيدى - تعليقا على حكم هذه المادة "انه يعتد في المسؤولية التعاقدية بالضرر الادبي وفقا للاحكام التي تقدمت الاشارة اليها في المسؤولية التقصيرية" .

وهذا هو الحل الذى ينبغي ان ياخذ به القانون الجزائرى رغم عدم ورود نص صريح يفيد التعويض عن الضرر الادبي في نطاق المسؤولية العقدية . وهذا النقص الملحوظ يجب سده في اقرب وقت، بايجاد نص مماثل لنص المادة 1/222 مدني مصرى .

3 - سعة التعويض في المسؤوليتين =

والى عهد ليس ببعيد كان يقوم بين نوعي المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي فارق حقيقي في سعة التعويض في الاحوال التي يكون فيهما محل الالتزام مبلغا من النقود . والتعويض كما هو معلوم عن الاخلال بهذا الالتزام ليس في الحقيقة سوى تعويضا عن التاخر في تنفيذه . ومن الجدير بالذكر - انه في مجال العلاقات العقدية اخرج تقدير مثل هذا التعويض من نطاق القواعد العامة بمقتضى نص المادة 1153 مدني فرنسي الذى حدده في شكل فوائد

(1) د . عبد الرزاق السنهورى ،الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، 1938 فقرة 280 .
(2) الاسكندرية الكلية ، 14 جانفي 1930 المحاماة السنة 10 رقم 369 ص 740 .

قانونية بطريقة جزافية (1) لكن تقديره في نطاق المسؤولية التقصيرية بقي خاضعا للقواعد العامة التي تفرض في حالة تاخر المسؤول عن الضرر في دفع مبلغ التعويض ،ضرورة تعويض الدائن عن كل الضرر الذى لحقه نتيجة هذا التاخير .

غير ان هذا الفارق ،الغي اخيرا بموجب القانون الصادر في 11 يوليو 1975 الذى فرض نظام الفوائد على كل المواد بما فيها المسؤولية التقصيرية

اما المشرع المصرى فقد جعل التعويض عن التاخير في الوفاء بالالتزام الذى محله مبلغا من النقود ،محكوما بنفس القواعد سواء كان ناشئا عن عقد او كان مصدره فعلا غير مشروع وهذا ما تقضي به المادة 226 مدني مصرى (3).

وهو الحكم الذى آثر عليه المشرع الجزائرى في مادته 186 مدني التي نصت على انه " اذا كان محل الالتزام بين افراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى ،وتاخر المدين في الوفاء به ،فيجب عليه ان يعوض للدائن الضرر اللاحق من هذا التاخير " .

ومن المفيد ان ننوه - الى ان هذه المادة وردت في الفصل الثاني والمتعلق بالتنفيذ بطريق التعويض . ومكانها على هذا النحو يجعل حكمها في راينا - يتسع للالتزامات العقدية والالتزامات غير العقدية على السواء ،متى

---

(1) مونتيل ،خصائص تعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزام بمبلغ من النقود ،المجلة الفصلية للقانون المدني ،سنة 1932 - ص1037 وما بعدها .

(2) اندرى بران ،الرسالة المشار اليها ،فقرة 59 وما بعدها .
فان راين ،الرسالة المشار اليها ،فقرة 45 .
مازو وتانك ،المرجع السابق ،الطبعة الرابعة ،الجزء الثالث ،فقرة 2297 .

(3) راجع في تفصيل ذلك د . محمود جمال الدين زكي ،المسؤولية ،المرجع السابق - فقرة 14 - ص72 وما بعدها .

./.

اصبح محلها معلوم المقدار، وذلك انه اذا كان يجب لتطبيق المادة 186 مدني جزائرى ان يكون محل الالتزام معلوم المقدار وقت رفع الدعوى ، لمنع سريان فوائد التاخير على المبالغ التي يطالب بها الدائن على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع، فان هذا القيد ، لا مانع من تطبيقه كذلك على كل تعويض عن الاخلال بالالتزام ايا كان مصدره (1) .

وبناء على ما تقدم ، نخلص الى القول بان كل من التعويض عن العمل غير المشروع والتعويض عن الاخلال بالالتزام العقدى يخضعان لحكم المادة 186 مدني المذكورة متى تحدد بحكم قضى به واصبح معلوم المقدار .

واخيرا يمكن القول ، سواء في مصر او في الجزائر ، بجواز المطالبة بالتعويض عن التاخير في الوفاء بمبلغ التعويض المحكوم به سواء نشأ عن عقد او عن عمل غير مشروع (المادة 186 مدني جزائرى والمادة 226 مدني مصرى) مع مراعاة ان المادة 226 مدني مصرى تحدد التعويض عن التاخير في الوفاء في صورة فوائد قانونية في حين لم تحدده المادة 186 مدني جزائرى في هذا الشكل . بل جاءت عباراتها عامة توجب على المدين الذى تقاعس في الوفاء بالالتزام النقدى ان يعوض للدائن الضرر الذى ترتب على هذا التاخير .

والحقيقة التي يجب ان نضعها نصب اعيننا ، بعد عرض مختلف هذه الاتجاهات الفقهية في المسؤولية المدنية وبعد بيان موقف القانون المدني الجزائرى منها - هي ان المشرع (سواء في فرنسا او في مصر او في الجزائر) قد رفض بدون شك - نظرية الوحدة - حيث وضع لكل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية تنظيما يختلف من عدة وجوه عن التنظيم الذى كرسه للاخرى ، رغم اتحادهما

---

(1) د . عبد الرزاق السنهورى ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، طبعة 1966 فقرة 831 .

(2) تنص المادة 186 من ق . م . ج على انه " اذا كان محل الالتزام بين افراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى وتاخر المدين في الوفاء به ، فيجب عليه ان يعوض الدائن الضرر اللاحق من هذا التاخير " .

في الجوهر وهو التنظيم الذى افرز فروقا حقيقية بينهما .. تتصل اهمها بفكرة الاعذار الذى تنفرد به المسؤولية العقدية دون التقصيرية . وبمدى التعويض عن الضرر المباشر ، وبفكرة التضامن بين المسؤوليتين في الفعل الضار وبالتقادم ، واخيرا بصلة قواعد كل من المسؤوليتين بالنظام العام والاداب العامة .

./.

الفصل الثاني

الاختلاف التنظيمي الحقيقي بين نوعي المسؤولية المدنية

في هذا الفصل نحاول تسليط الضوء على الاختلافات الحقيقية التي افرزها التنظيم التشريعي الحالي بين نوعي المسؤولية المدنية . ولقد راينا ان نقسم هذا الفصل الى مباحث بحسب نقاط الاختلاف وعلى هذا ندرس في المبحث الاول الاعذار من حيث ضرورته واساسه وبيان النصوص التشريعية الناظمة له وفي المبحث الثاني نبحث الاختلاف بين المسؤوليتين من حيث مدى التعويض عن الضرر المباشر والمبحث الثالث نعالج مسالة التضامن بين المسؤولين في المقتل الضار وفي المبحث الرابع نعطي فكرة عن مدى تعلقهما بفكرة النظام العام واخير نخصص المبحث الخامس للتحدث عن تقادم كل من الدعوى العقدية والدعوى التقصيرية .

المبحث الاول = في الاعذار.

تنص المادة 179 من القانون المدني الجزائرى على انه " لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك " .

وتضيف المادة 180 من نفس القانون على انه " يكون اعذار المدين بانذاره او بما يقوم مقام الانذار ويجوز ان يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون ،كما يجوز ان يكون مترتبا علي اتفاق يقضي بان يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى اى اجراء اخر" .

كما تضيف المادة 181 من نفس القانون ايضا على انه " لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الاتية =

1 ـ اذا تعذر تنفيذ الالتزام او اصبح غير مجد بفعل المدين .

2 ـ اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر .

./.

3 ـ اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق او شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك •

4 ـ اذا صرح المدين كتابة انه لا ينوى تنفيذ التزامه •• " •

والظاهر من هذه النصوص انه لا يكفي عدم تنفيذ الالتزام العقدى في الميعاد المحدد والمتفق عليه لقيام المسؤولية العقدية • بل يجب فوق ذلك ،كما تفيد به هذه النصوص قيام الدائن باعذار المدين عن طريق انذاره او بأى اجراء اخر يساويه (المادة 180 مدني جزائرى)هذا وتجدر الاشارة الى ان الدائن اذا كان يعفي من اتباع(1) مثل هذا الاجراء القانوني في الالتزام بامتناع او في الالتزام بعمل اذا ثبت ان تنفيذه اصبح غير مجد له بفعل المدين او في الحالات الاخرى التي وردت في المادة181 مدني جزائرى ،فان وجوب الاعذار ظل هو المبدأ العام في المسؤولية العقدية والاعفاء منه في هذه الحالات المنصوص عليها هو الاستثناء (2) •

اما في نطاق المسؤولية التقصيرية ،فلا حاجة لاعذار المدين وهذا ما تفصح عنه المادة 2/131 مدني جزائرى حيث قررت بعدم ضرورته في الحالة التي يكون فيها محل الالتزام تعويضا ترتب عن فعل ضار• ومن ثم تقوم المسؤولية التقصيرية لمقترف الواقعة الضارة على عاتقه دون حاجة من الدائن الى اعذاره (3) •

---

(1) ويقابل هذه المادة في القانون المدني الفرنسي المادة 1139 وفي القانون المدني المصرى المادة 219 •

(2) د • نور الدين تركي ،الالتزامات (المسؤولية المدنية ونظامها العام) ديوان المطبوعات الجامعية 1982 رقم 24 ورقم 25 ص26 و 27 •
اندرى بران ،الرسالة المشار اليها ،فقرة 27 •

(3) في هذا المعنى ،بوريس ستارك ،الالتزامات ،فقرة 2040 •
مازو وتانك ،المرجع السابق ،فقرة 2296 •

1 - اساس هذا الاختلاف بين المسؤوليتين في الاعذار =

يرى البعض في الفقه ان هذا الفارق في الاعذار بين المسؤوليتين لا يرجع اطلاقا الى اختلافهما في الطبيعة، بل يرجع الى فكرتين اساسيتين =

- الفكرة الاولى = هي ان الاعذار لا يقتصر على عدم تنفيذ المدين لالتزامه وانما يتعلق بحالة تاخره في التنفيذ.

- الفكرة الثانية= وهي ان وجوب الاعذار ~~في~~ لا يظهر حالة الاخلال بالتزام سلبي .

وبناء على هاتين الفكرتين، يرون بان مجال المسؤولية التقصيرية، طبقا للفكرة الاولى يتحدد بحالة عدم تنفيذ الالتزام وليس بحالة التاخير في تنفيذه. ومن ثم لا داعي للاعذار فيها . بل ولا يتحقق الاعذار حتى في المسؤولية العقدية اذا تعلق الامر بعدم تنفيذ الالتزام (1) .

ومن جهة اخرى، يلاحظ ان المسؤولية التقصيرية باعتبارها اخلال بالتزام بامتناع تدخل في حالة الاخلال بالتزام سلبي، لان الفعل الضار الذى يبرر قيامها، موضوعة عدم الاضرار بالغير دون وجه حق . وفي مثل هذا النوع من الالتزام لا حاجة للاعذار حتى بالنسبة لقيام المسؤولية العقدية .

وترتيبا على هذا التحليل، يقرر هؤلاء بانتفاء كل فرق يتعلق بالاعذار بين نوعي المسؤولية المدنية .

الواقع ان هذا الراى وما ينطوى عليه في الظاهر من منطق ومن تحليل جديد لا يستقيم مع ما يقضي به نص المادة 179 مدني جزائرى الذى يستلزم مثل هذا الاجراء لاستحقاق التعويض بصفة عامة . فجاءت هذه المادة

---

(1) راجع المادة 1146 مدني فرنسي .

./.

عامة لا تقييد فيها - ومن ثم فهي تنصرف بشموليتها الى حالة عدم التنفيذ وحالة التاخر فيه (1) • وهذا الحل الاخير هو الذى انتهت اليه محكمة النقض الفرنسية حيث ثبتته في الكثير من احكامها حين (اشترطت) وجوب الاعذار لاستحقاق التعويض بصفة عامة ،سواء عن التاخر في تنفيذ الالتزام اوعن عدم تنفيذه •

وفي نفس السياق ،وتماشيا مع الحل الذى انتهت اليه محكمة النقض الفرنسية بشأن الاعذار يمكن القول مع البعض بانه ليس صحيحا القول بأن كل الالتزامات في نطاق المسؤولية التقصيرية هي التزامات سلبية ولا وجود لغيرها من الالتزامات الاخرى - بل بالعكس- هناك التزامات ايجابية كالتزام مالك البناء بصيانته وتشييده الذى يفرضه نص المادة 140 مدني جزائرى •

2 - موقف القانون المصرى والجزائرى من الاعذار =

ان احكام القانون المصرى في هذا الصدد على اتفاق باحكام القانون الفرنسي حيث استلزمت المادة 218 مدني مصرى ضرورة الاعذار لاستحقاق التعويض وقطعت بشمول حكمها حالة التعويض عن التاخير في التنفيذ والتعويض عن عدم التنفيذ (2) • ومما يؤكد ذلك ما ورد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى تعليقا على المادة المقابلة لنص المادة 218 مصرى حيث افادت هذه المذكرة بانه لا يستحق التعويض لعدم التنفيذ او للتاخر فيه الا بالاعذار الذى يعتبر دعوة موجهة الى المدين بقصد انذاره بوجوب الوفاء •

---

(1) انظر اندرى بران ،الرسالة المشار اليها ،فقرة 29 •
(2) د • عبد المنعم فرج الصدة - ط 1979 ،ص 524 - 528 •

•/•

غيـر ان الفقـه في مصر، وتاثرا منه بالراجح في فرنسا ،قد قصر حكم المادة المذكورة على حالة التاخر في التنفيذ تاسيسا على ان التعويض يستحق عن واقعة لا دخل للاعذار فيها ولا شان له بها (1) •

ومهما يكن من امر صحة هذا الراى ،فان التفرقة مقررة في وجوب الاعذار بين نظامي المسؤولية المدنية في التقنين المدني المصرى • وهي التفرقة التي ترجع في واقع الامر الى طبيعة الاشياء كما يرى البعض في فرنسا (2) لان الهدف الذى يرمي اليه اجراء الاعذار من طرف الدائن ،هو وضع المدين في حالة تاخر عن الوفاء بما تعهد • فعدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدى بعد المدة المحددة اتفاقا لاجل الوفاء ،لا يترتب عليه بمفرده نتائج قانونية لاحتمال تسامح الدائن في تاخر المدين ،وقبوله لمثل هذا التماطل من جانبه ،ولكن اذا اعلن الدائن عن طريق الاعذار ،عن ارادته الباتة والحاسمة للمدين في عدم التسامح معه ،وطالبه بوجوب تنفيذ التزامه • فهنا تزول كل ذريعة يحاول المدين الاستناد اليها ولا يكون له من ثم الا ان يبادر بالوفاء والا اعتبر فعلا متقاعسا في تنفيذ التزامه اى متخلفا عنه في الميعاد المضروب والاجل المحدد • وعندها ،لا يكون للدائن ،وقتئذ الا مطالبته بالتعويض اقتضاء" (3) •

اما في نطاق المسؤولية التقصيرية فلا يتصور الاعذار في غالب الاحيان ،لان العلاقة القانونية بين المضرور والمسؤول عن الضرر لا تنشأ في واقع الامر الا بعد حصوله فعلا (4) وهو الفرض الذى يتعذر فيه على وجه الاستحالة ،بالنسبة لضحية الضرر اعذار المسؤول عنه ،بعدم ايقاعه ،تنفيذا لالتزامه •

---

(1) د • اسماعيل غانم _ ص 134 وما بعدها •

(2) اندرى بران ،الرسالة المشار اليها ،فقرة 36 •

(3) د • محمود جمال الدين زكي ،المرجع السابق ، (الوجيز في نظرية الالتزام) الجزء الثاني فقرة 5 •

(4) اندرى بران ،الرسالة المشار اليها ،فقرة

والجديـر بالذكـر،ان عـدم استلـزام الإعـذار فـي المسـؤولية التقصيريـة يعتبـر مبدأ عـامـا لا يـرد عليـه اى استثنـاء حتـى فـي الاحـوال التـي يتصـور فيهـا امكـان استلـزامـه • فحـارس البنـاء المهمـل الـذى يحـدث تهدم بنائه ضـررا للغيـر تقـوم مسـؤوليتـه دون حاجـة الـى اعـذاره طبقـا للمادة 177/1 مدنـي مصـرى (1) كمـا ان المضـرور يستحـق التعويـض عـن كـل الضـرر الـذى نـزل بـه لا من يـوم الاعـذار ولكـن منـذ وقـوع الفعـل الضـار فمالـك العقـار المغتصب او المنقـول المسـروق ، يستحـق تعويضـه عـن الحرمـان مـن منفعتـه منـذ حصـول واقعـة الغصـب او السرقـة وليس مـن تاريـخ اعـذار المغتصب او السـارق بـرده • كمـا يستحق ايضـا وفقـا لراى البعض فـي فرنسـا ـ تعويضـا عن التاخـر فـي دفـع التعويض منـذ وقـوع الضـرر وليـس من تاريـخ الاعـذار كمـا هـو الشـان فـي المسؤولية العقديـة • غيـر ان محكمـة النقض الفرنسيـة لا تجيـز الحكـم بالفوائـد التاخيريـة علـى مبلـغ التعويـض المستحـق الا مـن تاريـخ النطـق بالحكـم الـذى خـول الدائـن الحـق فـي التعويض والحكـم هاهنـا ـ كما يظهـر ـ هـو منشـئ للحـق وليـس كاشفـا لـه • وعليـه فان الحق الـذى يتولـد عـن الفعـل غيـر المشـروع، لا يقـوم ولا ينتـج فوائـد تاخيريـة الا مـن اليـوم الـذى يثبـت فيـه قضـاؤه • ومـن هنـا لا يكـون لضحيـة الضـرر قبل صـدور الحكـم الـذى يمنحهـا التعويـض، اى سنـد دائنيـه يمكـن التمسـك بـه لتقريـر حقـه •

ولقـد طبـق القضـاء الفرنسـي ، بعد تردد ذات القاعـدة فـي النطاق التعاقـدى لكـن محكمـة النقـض هناك ـ لم تمنـع مع ذلك ـ بسريـان الفوائـد على مبلـغ التعـويـض منـذ وقت سابق علـى الحكم به ـ سـواء مـن يوم وقـوع الضـرر او من تاريخ رفـع الدعـوى غيـر انها اشترطت ـ ان يوضح في الحكم ـ ان هذه الفوائد تعد جزء من التعويض عـن الضـرر ذاتـه • اوكمـا عبـرت عنـه بانـه " تعويض تكميلـي " او هو " تعويض عن ضرر اضافي " اى ان هـذه الفوائـد ليسـت تعويضـا عن التاخـر في الوفاء بهذا المبلـغ سـواء علـى الصعيد العقدى او التقصيرى •

---

(1) راجع المادة 2/140 من القـانون المدني الجـزائرى •

./.

والخلاصة التي يمكن ان ننتهي اليها ، هي ان التفرقة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية من حيث الاعذار ، مقررة بنصوص في القانون المدني الجزائري (المواد 179 ، 180 ، 181) على غرار ما هي مقررة في القانونين الفرنسي والمصري .

وبناء عليه ، يمكن التقرير بانه يجب الاعذار لاستحقاق التعويض في المسؤولية العقدية طبقا لاحكام القانون المدني . ولا حاجة الى مثل هذا الاجراء في المسؤولية التقصيرية ، حيث ، يستحق التعويض فيها دون اعذار المسؤول من طرف المضرور .

المبحث الثاني - في مدى التعويض عن الضرر المباشر .

الراى مجمع اليوم فقها وقضاء وتشريعا ، على ان التعويض سواء في المسؤولية العقدية او في المسؤولية التقصيرية ، لا يشمل الضرر غير المباشر . والسبب في ذلك كما راينا - يرجع الى ان هذا النوع من الضرر ، يعتبر اثرا بعيدا للفعل الضار بحيث يصعب من الناحية الواقعية اقامة علاقة سببية بينهما لان هذا الضرر غير المباشر لا يعد نتيجة لازمة وضرورية للفعل الضار وان وقع بمناسبته .

هذا واذا كان الراى اليوم قد استقر على ان التعويض في المسؤوليتين عقدية كانت ام تقصيرية ولا يشمل الا الضرر المباشر . فان ثمة فرقا جوهريا بين نظامي المسؤولية المدنية في مدى التعويض عن هذه الاضرار المباشرة .

ففي نطاق المسؤولية التقصيرية يلاحظ بأن الاجماع منعقد على انه يجب ان يكون التعويض شاملا لكل الضرر المباشر سواء كان متوقعا او غير متوقع (1) .

---

(1) د . نور الدين تركي ، المرجع السابق ، طبعة 1982 رقم 27 ص 28 .

./.

اما في نطاق المسؤولية العقدية فعلى العكس يتعين التمييز في طبيعة هذا الضرر المباشر وهل هو متوقع ام غير متوقع ليصبح التعويض قاصرا فقط على الاضرار التي كان يمكن للمدين توقعها عادة وقت التعاقد (1). وهذا ما نصت عليه المادة 2/182 مدني جزائري " .

" غير انه اذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلزم المدين الذى لم يرتكب غشا او خطأ جشيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " (2) .

اما في حالة غش المدين او خطئه الجسيم فان التعويض وفقا لنص المادة 182 مدني جزائري يجب ان يشمل كل الضرر سواء كان متوقعا او غير متوقع (3) .

لان المدين في هذه الحالة يكون قد خرج - وفق راى البعض - من نطاق العلاقة العقدية ويعتبر في ذات الوقت قد ارتكب فعلا ضارا يقيم مسؤوليته التقصيرية بل يعتبر في راى البعض الاخر سيء النية - وهو ما يقتضي التشديد في مسؤوليته التي تعد والحال كذلك بمثابة عقوبة خاصة (4) .

لكن الراى الذى يجب التعويل عليه في هذا الصدد تفسيرا لاتساع المسؤلية العقدية في حالة الغش والخطأ الجسيم للضرر المباشر كله هو ان القاعدة العامة في المسؤولية المدنية هي تعويض الدائن عن كل الضرر المباشر اما اقتصارها على الاضرار المتوقعة فهو استثناء على هذه القاعدة تمليه اعتبارات كثيرة من اهمها ما يقضي به العدل او ما يتعلق بمراعاة المدين حسن النية (5) .

---

(1) راسات المسؤولية المدنية طبعة 1973 ص 89 وما بعدها .
نور الدين تركي المرجع السابق 1982 رقم 27 ص 28 .
(2) راجع المادة 1150 مدني فرنسي .
(3) د .نور الدين تركي الالتزامات المرجع السابق 1982 فقرة 27 ص 28 .
(4) مازو وتانك المرجع السابق فقرة 2276 .
(5) ريبير وبلانيول المطول العلمي للقانون المدني الفرنسي الجزء السابع الطبعة الاولى فقرة 865 .

./.

والخلاصة التي يمكن ان ننتهي اليها هي ان المشرع الجزائرى قد كرس هذه التفرقة التي انتهى اليها القانون الفرنسي فيما يتعلق بمدى التعويض حيث نص في المادة 182 مدني فرنسي على انه " اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد او في القانون ، فالقاضي هو الذى يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او للتاخر في الوفاء به " كما انه استثنى في الفقرة الثانية من نفس المادة ، المدين حسن النية الذى لم يرتكب غشا او خطأ جسيما فالزمه فقط بالتعويض عن الاضرار التي يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ، حيث قررت ما يلي " غير انه اذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلزم المدين الذى لم يرتكب غشا او خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " .

وهذا هو الحكم الذى يؤثر عليه كل من القانون الفرنسي في مادته 1150 والقانون المصرى في مادتيه 179 و 180 .

والملاحظ ان الفقه المصرى (1) تاييدا لما استقر عليه القانون المدني الفرنسي قد سوى بين الغش والخطأ الجسيم ورتب عليهما نفس الاثار وهي نفس التسوية التي حفل بها نص المادة 2/182 مدني جزائرى .

وفي نفس هذا السياق ، يمكن التقرير بان المشرع الجزائرى على غرار القانونين الفرنسي والمصرى قد ايد التفرقة واحتفظ بها بين الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع في نطاق المسؤولية العقدية . فجعل القاعدة العامة تتسع لتشمل التعويض فيها كل الضرر المباشر والاستثناء عليها . قصر التعويض على الضرر المتوقع فقط اذا كان عدم الوفاء بالالتزام او التاخر فيه غير مشوب باحد الاثنين " الغش او الخطأ الجسيم " (2) .

---

(1) د . عبد الرزاق السنهورى ، الوجيز ، المرجع السابق ، 1938 ، فقرة 446 .
(2) راجع نور الدين تركي ، المرجع السابق ، 1982 ، رقم 27 ص 28 .

./.

المبحث الثالث = في التضامن بين نوعي المسؤولية المدنية •

في حالة تعدد المسؤولين عن الضرر، يظهر بين المسؤولية العقدية والتقصيرية فارق هام يتعلق بامكان اوعدم امكان مساءلة هؤلاء على وجه التضامن • • •

اذا تعدد المدينون عن الضرر، في نطاق المسؤولية العقدية، انقسم عليهم الالتزام بالتعويض بقوة القانون شأن انقسام الالتزام الذى يترتب على العقد في ذمتهم • بحيث لا يكون للدائن وفق القواعد العامة ان يرجع على اى منهم الا بقدر حصته في الالتزام الذى اخلوا جميعا به (1) •

وتتاسس هذه القاعدة في راى غالبية الفقهاء على نص المادة 1202 مدني فرنسي وهي المادة المقابلة لنص المادة 217 مدني جزائرى الذى يقضي بعدم افتراض التضامن في الالتزام العقدى المدني بل يجب اشتراطه صراحة في العقد او كان منصوصا عليه في القانون (2) •

لكن هذا الراى لم يحظى بتاييد البعض، الذين رفضوا تطبيق المادة 1202/ مدني فرنسي على مبلغ التعويض وقرروا تبعا بان هذا النص لا يتعلق الا بالالتزامات العقدية التي ينشئها العقد ومن ثم لا ينصرف الالتزام بالتعويض الذى يترتب على الخطأ الذى يرتكبه العاقد ازاء الاخر • ومن ثم لا يكون لهذا النص اى دخل في الالتزام بالتعويض عن عدم الوفاء • وينتهي اصحاب هذا الراى الى القول بضرورة الزام المدينين المتعددين على وجه التضامن على غرار ما هو مقرر ومعمول به في نطاق المسؤولية التقصيرية كما سياتي بيانه • بحيث يجوز للدائن ان يرجع على اى منهم بتعويض كل الضرر (3) • والسبب في ذلك مرده الى ان كل مسؤول يعتبر قد ساهم بخطئه

---

(1) مازو وتانك، المسؤولية، المرجع السابق، الطبعة الرابعة، جزء 2، فقرة 1940 •
(2) كاربونييه، القانون المدني، المرجع السابق، فقرة 134 •
د • نور الدين تركي، الالتزامات، المرجع السابق، فقرة 25 ص 27 •
(3) بلانيول وريبير، المرجع السابق، الطبعة الاولى، الجزء 7، فقرة 1071 •
فان راين، الرسالة المشار اليها، فقرة 61 •
نقض فرنسي 18 افريل 1932، سيرى 1932، 1، 222 •
استئناف باريس، 26 ماى 1937 جازيت دى باليه 1937، 2، 413 •
نانت المدنية، 23 نوفمبر 1950 جازيت دى باليه 1951، 1، 95 •

• / •

في احداث الضرر ومن ثم تعين عليه تعويضه برمته ،او في عبارة اخرى مساوية ان مسؤولية احد المدينين لا تستغرقها الاخطاء الصادرة من بقيتهم وذلك لتوافر رابطة السببية بين خطأ كل منهم والضرر . وعليه تطلب الامر تعويض الضرر كله . ولا يستطيع المدين والحال كذلك ،ان يجد في اخطاء زملائه ذريعة للتخفيف من مسؤوليته او للاعفاء منها وهذا الراى في نظر البعض يجد اساسه في نظرية تعادل الاسباب (1) وهي النظرية التي لم يكتب لها النجاح في فقه القانون المدني وفي القضاء على حد سواء (2) وذلك نظرا لخطورة نتائجها لان اخطاء المسؤولين من الناحية الواقعية قد لا تكون مساوية من حيث الجسامة بل تظهر في الغالب متفاوتة الخطورة من حيث الاثر ،فقد يبلغ احدها من التفاهة قدرا يمكن معه التساؤل عن حقيقة توافر علاقة السببية بينه وبين الضرر ،ولعل هذا هو الاعتبار القوى الذى دفع القضاء الفرنسي ،في مناسبات شتى في العلاقة بين المسؤوليتين الى توزيع التعويض عليهم وفقا لخطورة وجسامة الاخطاء التي يرتكبونها (3) .

ويرى البعض الاخر بان هذه القاعدة ،تجد سندها في التقاليد العريقة التي كان معمولا بها في القانون الفرنسي القديم الذى استمد اصلها من القانون الروماني لذلك ظهرت امام واضعي القانون المدني الفرنسي كمبدأ مسلم به لا يمكن مخالفته (4) .

اما الفقه الحديث ،فهو يرى بان خير اساس لهذه القاعدة يكمن في فكرة الحماية التي يراد دائما توفيرها لضحية الضرر في استيفاء كامل حقه في التعويض (5) .

---

(1) كايزار ،التضامن في حالة الاخطاء ،المجلة الانتقادية ، 1931 فقرة 6 .
(2) مازو وتانك ،المسؤولية المدنية ،الطبعة 6 ،الجزء الثاني ،فقرة 1442 ،2 .
(3) نقض فرنسي ، 20 ماى 1935 ،دالوز الاسبوعي 1935 - ص394 .
(4) هامل ،مسؤولية الفاعلين للجنح واشباه الجنح ،رسالة بواتييه 1908 فقرة 6 .
(5) د . محمود جمال الدين زكي ،المسؤولية ،المرجع السابق ،فقرة 18 - ص93 .
وكذلك الفقهاء الذين ذكرهم في هامش نفس الصحيفة .

موقف القانون الجزائري من المسالة =

اول ملاحظة ملفتة للنظر هي ان المشرع الجزائري لم يشذ في هذا الصدد عما هي الحال عليه في ظل القانون المدني المصري ،حيث استبقى على هذا الفارق بين نوعي المسؤولية المدنية بخصوص مسالة التضامن ،وهو بالتقريب نفس الحل الذى يقول به القانون الفرنسي مع بعض الاختلاف.

وبناء عليه ،اذا تعدد المسؤولون في القانون المدني الجزائري ،ينقسم دين التعويض عليهم في المسؤولية المقدية شان اى التزام متعدد الاطراف (1) وهذا ما تقضي به المادة 217 مدني جزائري التي تقول " بان التضامن لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق او نص في القانون ".

اما في نطاق المسؤولية التقصيرية ،فلقد ورد نص بصريح العبارة (2) (وهو نص المادة 126 مدني جزائري) يفرض التضامن في الفعل الضار بين المسؤولين المتعددين . وهذا النص يقضي بانه " اذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر . فتكون المسؤولية بينهم بالتساوى الا اذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض".

ويبين مما تقدم ،ان المسؤولين عن العمل الضار ،وفقا للقانونين المصرى والجزائرى يلتزمون على وجه التضامن وعلى وجه التضامم في راى الفقه (3) والقضاء (4) الفرنسيين .

---

(1) د . نور الدين تركي ،الالتزامات ،المرجع السابق ، 1982 _ ص 25 .

(2) يلاحظ بان المادة 217 مدني جزائرى كالمادة 1202 مدني فرنسي والمادة 279 مدني مصرى .

(3) اندرى بران ،الرسالة المشار اليها ،فقرة .
فان راين ،الرسالة المشار اليها ،فقرة 60 .
مازو وتانك ،المسؤولية ،المرجع السابق ،الطبعة السادسة ،الجزء 2 ،فقرة 1961 .

(4) نقض فرنسي ، 26 جانفي 1970 دالوز 1970 ،مختصر ،ص 132 وما بعدها .
نقض فرنسي ، 23 فيفرى 1972 مجلة الاسبوع القانوني 1972 ، 2 ، 17135 .

./.

المبحث الرابع = في الاختلاف المتعلق بمدى ارتباطها بالنظام العام .

هذا الفارق بين نظامي المسوؤلية المدنية يتعلق اساسا بصلة قواعد كل منهما بفكرة النظام العام . فبينما تتعلق قواعد المسوؤلية التقصيرية في الراجح بالنظام العام والاداب العامة ، ومن ثم يدفع كل اتفاق مخالف لاحكامها بالبطلان ، سواء تضمن هذا الاتفاق شرطا بالاعفاء من المسوؤلية او بالتخفيف منها (المادة 178/3 مدني جزائري (1) فان قواعد المسوؤلية العقدية على العكس، لا تتعلق بالنظام العام وبالتالي فلا مانع من الاتفاق على خلاف احكامها سواء بالاعفاء او التخفيف منها ، مع مراعاة حالة الغش والخطأ الجسيم الذى يرتكبهما المدين حالة الاخلال بالالتزام العقدى اوالتاخير في الوفاء به (2) (المادة 178/2 مدني جزائرى .

وعلى هذا الاساس يظهر الخلاف بين المسوؤلية التقصيرية والمسوؤلية العقدية واضحا في مدى صحة الاتفاقات المعدلة لاحكام المسوؤلية المدنية . والمقصود المراد بالاتفاقات المعدلة لاحكام المسوؤلية المدنية هي تلك التي تقع بين المسوؤل والمضرور قبل وقوع الضرر . اما تلك الحاصلة بعد حدوثه ، فلا جدال في صحتها سواء تعلقت بالمسوؤلية العقدية او بالمسوؤلية التقصيرية وسواء اريد بها التشديد في احكامها او اريد بها التحلل كليا او جزئيا من نتائجها ، لان مثل هذه الاتفاقيات اللاحقة والتالية للضرر تاخذ في الغالب شكل مصالحه بين المضرور والمسوؤل .

---

(1) قارب = المادة 270 مدني اردني ، م 218 مدني سورى ، م 217/3 مدني مصرى ، م 219 مدني كويتي ، م 259/3 مدني عراقي ، م 82 مدني تونسي ، م 77 مدني مغربي . وقارن ذلك بالمادتين 138 و 139 من القانون اللبناني الذى اجاز فيما يبدو شرط الاعفاء من المسوؤلية التقصيرية خلافا للراجح في فرنسا ومصر والجزائر .
(راجع تفصيل ذلك ، د . يوسف نجم جبران ، النظرية العامة للموجبات (مصادر) . الطبعة الاولى 1978 ص 283 وما بعدها .

(2) نور الدين تركي ، المرجع السابق ، 1982 ، رقم 26 ص 27 .

./.

وهكذا ،وتاثرا بالراجح في فرنسا ومصر،فان القانون الجزائري اورد في مادته 2/178 مدني جزائري . ما يفيد على امكانية الاعفاء الكلي او الجزئي من تبعة المسؤولية العقدية . حيث قضى بما يلي " ..وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من اية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما ينشأ عن غشه او خطئه الجسيم غير انه يجوز للمدين ان يشترط اعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش او الخطأ الجسيم الذى يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه " .

ونصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على ما يلي " ويبطل كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الاجرامي (1) ويتجلى مما سبق ،ان موقف المشرع الجزائرى ليس في الحقيقة سوى تجسيدا وتقنينا لما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسيين لان الاصل المتعارف عليه . هو حرية العاقدين في تعديل احكام المسؤولية العقدية بالاعفاء او التخفيف منها . لان هذه الاحكام تعتبر من صنع العاقدين ومن عطهما ومن ثم فهي تستند بالدرجة الاولى الى مقتضيات ارادتهما العاقدة او في عبارة مساوية الى ما لهذه الارادة من سلطان (2) وعليه ليس في عمل العاقدين هذا ،كما يرى البعض،ما يشكل بحد ذاته تطويقا لاسس النظام العام او انحرافا عن قواعده . لانه اذا كان لهذه الارادة من ناحية المنطق القانوني ،القدرة في انشاء المسؤولية ،فمن حق هذه الارادة ايضا ان تعدل فيها بالتخفيف او الاعفاء منها .

على ان هذا الاصل ،تحد منه استثناءان اولهما تشريعي وثانيهما فقهي .

ويتعلق الاستثناء التشريعي بحالتي الغش والخطأ الجسيم المنصوص عليهما في المادة 2/178 مدني جزائرى التي تبطل الاتفاق على الاعفاء او التخفيف من المسؤولية المترتبة عن غش المدين او خطئه الجسيم وهو القيد الذى لا يقتصر الا على مسؤولية المدين الشخصية ولا يمتد الى مسؤولية عمن يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه

---

(1) راجع الترجمة الفرنسية لنفس الفقرة ،وحيث يراد في الواقع "بالعمل الاجرامي " معنى الفعل الضار او المسؤولية التقصيرية .

(2) د . نور الدين تركي ،الالتزامات،المرجع السابق ،1982 ،فقرة 26 ص28 .

./.

حيث يجوز للمدين في هذه الحالة الثانية ،وفقا لنفس المادة المذكورة الاتفاق مع الدائن على اعفائه من المسؤولية عن افعالهم حتى ولو نسب الى هؤلاء المستخدمين غش او خطأ جسيم .

اما بالنسبة للاستثناء الذى طوره الفقه . فهو يتعلق اساسا بطبيعة الضرر الحاصل . حيث يشترط الفقهاء - لفعالية مثل هذه الاتفاقات المعدلة من احكام المسؤولية العقدية - ان يكون الضرر واقعا بالمال . فلو تعلق الضرر مثلا بالنفس اصبح الشرط باطلا ويستوى في ذلك ان يكون الضرر ماديا او معنويا . والواقع ان خير تبرير لوجهة النظر هذه ،في راى البعض،هي ان الشخص لا ينبغي بل ولا يجب ان يكون موضوع اتفاقات مالية . كما انه من ناحية اخرى ،لا يجب ان يجيز الاضرار التي تصيبه في شخصه . فالانسان على حد رايهم "غير قابل للتعامل التجارى" وترتيبا على ذلك ،اصبح الناقل وفق هذا التحليل في غير مستطاعه ان يجعل نفسه في حل من مسؤوليته اذا نزلت الاضرار بالمسافر اثناء النقل ،حتى ولو اشترط في العقد الحاصل بينهما عدم مسؤوليته .

وفي نفس هذا السياق ،يمكن القول ،بانه اذا كان من الجائز -كما راينا - الاتفاق على الاعفاء الكلي او الجزئي من المسؤولية العقدية (1) فليس ثمة ما يمنع من التشديد فيها كالاتفاق مثلا على ان يلتزم المدين ببذل قدر من العناية يجاوز القدر الذى حدده القانون عادة . وهذا الراى كما هو معلوم يتاسس ايضا على المادة 178 مدني جزائرى التي تقضي فقرتها الاولى بجواز الاتفاق الذى يشترط تحمل المدين تبعة الحادث المفاجيء او القوة القاهرة . ويبدو من خلال هذه الفقرة . انه اذا كان من السائغ ان يتحمل المدين تبعة مسؤولية لم تتحقق اصلا ،لان قيام السبب الاجنبي كما هو معلوم ينفي طبقا للمادة 176 مدني جزائرى كل مسؤولية ،فانه يكون من الجائز بالاولى ،الاتفاق على التشديد في مسؤولية تحققت اركانها بالفعل .

---

(1) د . نور الدين تركي ،الالتزامات،المرجع السابق ،1982 رقم 26 ص27 .

./.

اما في نطاق المسؤولية التقصيرية ،فان المادة 3/178 مدني جزائري تمنع بصريح القول الاتفاق على الاعفاء او التخفيف منها ،عندما ابطلت الشرط الذى يقضي بالاعفاء من المسؤولية الناجمة عن " العمل الاجرامي " والتفسير الذى يسوقه الفقه عادة حول مضمون هذه الفقرة هو ان احكام المسؤولية التقصيرية من صميم النظام العام كما ان مبادئها ترتد الى ما للقانون من سيادة في تنظيم العلاقات الاجتماعية بعكس ما هي الحال عليه في المسؤولية المقدية التي ترجع احكامها في راى الراجح ،الى الارادة المشتركة للعاقدين وحريتهما الخاصة .

وفي نفس هذا المتجه ، يمكن التقرير بانه اذا كان الاتفاق على الاعفاء او التخفيف من المسؤولية التقصيرية يعتبر باطلا لارتباط احكامها بالنظام العام . فليس ثمة ما يمنع من التشديد فيها ،كافتراض الخطأ مثلا في جانب المسؤول في غير الحالات التي ذكرها القانون (راجع المادة 135 مدني الخاصة بمسؤولية متولى الرقابة والمادة 139 مدني جزائري الخاصة بمسؤولية حارس الاشياء . .) فمثل هذا الاتفاق يعتبر من الناحية القانونية صحيحا لانه ليس فيه ما يخالف قواعد النظام العام او خرقا لاسسه . ولعل التبرير الذى يصلح ، تفسيرا لهذا التحليل ،هو ما جاءت به المادة 178 مدني -على النحو الذى سبق ذكره في امكانية التشديد في المسؤولية المقدية .

<u>المبحث الخامس</u> = نظام التقادم في نوعي المسؤولية المدنية .

تنص المادة 133 من القانون المدني الجزائرى على انه " تسقط دعوى التعويض بانقضاء 15 سنة من يوم وقوع العمل الضار " .

كما تنص المادة 308 منه ايضا على انه " يتقادم الالتزام بانقضاء 15 سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الاتية = والواقع ان هذه الاستثناءات التي يشير اليها النص وردت في المواد (309 ،و 311 و 312 و 313 من القانون المدني) .

(1) وهي نفس المدة التي قال بها القانون المدني المصرى في مادته 374 غير ان القانون الفرنسي حدد مدة التقادم بمضي 30 سنة كاملة وفقا للمادة 2362 فرنسي . ويلاحظ ان القانون الفرنسي يقرر لتقادم الدعوى مدة اقصر وتتراوح هذه المدة في القانون الفرنسي من 10 سنوات الى سنة واحدة (راجع المادة 189 من تقنين التجارة الفرنسي والمضافة ./.

هذا ويتجلى من نص المادة 133 والمادة 308 مدني بانه اذا كانت دعوى المسؤولية العقدية تتقادم وفقا للقاعدة العامة لهذا القانون بذات المدة التي تتقادم بها دعوى المسؤولية التقصيرية وهي خمسة عشر سنة، فانه توجد مع ذلك نصوص عديدة ومتناثرة في القانون الجزائري تقرر تقادم المسؤولية العقدية في بعض الحالات، مدة اقصر.

وعليه يمكن القول بانه اذا كان الالتزام التعاقدى يتقادم بصفة عامة - من حيث الاصل - بالمدة المشار اليها في المادة 308 مدني جزائري فان هناك حالات خاصة، ذكرتها النصوص، لا يتقادم فيها الالتزام التعاقدى بهذه المدة بل يتقادم بمدة اقصر.

وفي هذا المجال نجد طائفتين من النصوص القاضية بمدة اقصر لتقادم الالتزام التعاقدى. والطائفة الاولى من النصوص هي تلك المتعلقة بالاستثناءات التى ورد ذكرها في المادة 308 مدني جزائرى. ونظمتها المواد من 309 الى 313. وهي النصوص التي جاءت - مباشرة بعد نص المادة 308 مدني جزائرى. اما الطائفة الثانية من النصوص فهي تشتمل على نصوص كثيرة ومتناثرة هنا وهناك في القانون المدني الجزائرى ومن امثلتها =

<u>1 - دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن</u> = وهي المنصوص عليها في المادة 359 مدني جزائرى. وطبقا لهذه المادة تتقادم هذه الدعوى خلافا للاصل العام المقرر لتقادم كافة الدعاوى العقدية العادية، بانقضاء مدة 3 ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع بالنسبة لكامل الاهلية او من يوم زوال العجز بالنسبة لعديمي الاهلية.

بقانون 1948/08/18 التي جعلت التقادم "عشرى" في الالتزامات الناشئة بين التجار وكذلك المادة 64 من نفس القانون التي جعلت التقادم "خمسي" والمادة 25 من قانون 1930/07/13 حيث حددت مدة التقادم فيه "بسنتين" والمادة 108 من تقنين التجارة الفرنسي التي تخضع للتقادم الحولي الدعاوى ضد الناقل كما ان القانون الفرنسي من ناحية اخرى، جعل المسؤولية التقصيرية دون العقدية اذا كان الفعل مكونا لجريمة جنائية - كتقادم بذات المدة التي تسقط بها الدعوى الجنائية وفي 10 سنوات او 3 سنوات او سنة واحدة بحسب ما اذا كانت متعلقة بجناية او جنحة او مخالفة (راجع المواد 637، 638، 640 اجراءات فرنسي)
./.

2 دعوى ضمان العيب الخفي = وهي المنصوص عليها في المادة 1/383 مدني جزائرى وطبقا لهذه المادة تتقادم هذه الدعوى بمضي سنة واحدة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكشف المشترى العيب الا بعد انقضاء هذا الاجل مالم يلزم البائع بالضمان لمدة اطول •

3 ـ دعوى ضمان التهدم في المقاولة = وهي التي وردت في المادة 554 مدني جزائرى وتتقادم هذه الدعوى وفقا للمادة 557 مدني جزائرى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم او اكتشاف العيب (1) •

4 ـ الدعاوى الناشئة عن عقد التامين =

يراد بالتامين ذلك العقد الذى يلتزم المؤمن بمقتضاه ان يؤدى الى المؤمن له او الى المستفيد الذى اشترط التامين لصالحه مبلغا من المال او ايرادا او اى عوض آخر عن حصول الضرر او الخطر وذلك مقابل قسط مالي يؤديه المؤمن له للمؤمن (2) •

والملاحظ ان الدعاوى الناشئة من هذا العقد قبل صدور قانون التامين في سنة 1984 الذى الغي الاحكام الواردة في القانون المدني فهي تتقادم وفقا لنص المادة 624 مدني جزائرى بانقضاء مدة ثلاث سنوات وذلك من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى (3) •

وهكذا تبين لنا ـ ان المسؤولية العقدية تنقضي في كثير من الحالات سواء بالنسبة للقانون الجزائرى او المصرى او الفرنسي بمدة اقصر من مدة تقادم المسؤولية التقصيرية •

---

(1) راجع المادة 645 من القانون المدني المصرى •
(2) راجع المادة 619 من القانون المدني الجزائرى •
(3) راجع المادة 752 مدني مصرى والتي جعلت هي الاخرى مثل هذه الدعاوى تتقادم ايضا بمضي ثلاث سنوات •

الخـلاصـــة =

وبنـاء عـلى مـا سبـق توضيحـه ،يمكـن ان نخلـصالـى النتيجـة التاليـة وهـــي ان المسـوءوليـة العقد يـة تقـوم كالمسـوءوليـة التقصيـريـة عـلى ذ ات الا سـسوترتكـــز عـلى ذ ات المحـاور وهـي الفعـل الضـار والضـرر ورابطـة السببيـة بينهمـا كمـا انهـا مـن جهـة اخـرى تستهـد فـان تعويـضالاضـرار المباشـرة د ون غيـر المبـاشـرة التـي ترتبـتعـلى الخطـأ • غيـر ان اتحـاد هـمـا عـلى هــذا النحـو،لم يـمنــع مـن وجـــود اختــلافـ ت تشريعيـة بينهمـا • لا نـه توجــد بالفعـل فـروق تنظيميـة هامة كـرسهـا الشـارع فـي القانـون المد نـي بينهمـا جعلت الواحـد ة تخضـع فـي بعـض الحـالات لقـواعـد قانونيـة متميـزة ومختلفـة عـن تلـك التـي تخضـع لها الاخرى •

وعـلى هــذا يمكـن القـول مـع البـعضبانـه لا توجـد فـي الحقيقـة مسوءوليتـان احـد اهمـا عقد يـة والاخـرى تقصيـريـة • وانمـا يوجـد مـن الناحيـة الفنيـــة نظـامـان متميـزان لمسـوءوليـة مد نيـة واحـدة هـمـا النظـام التعـاقـدى والنظــام التقصيـرى (1) وهـذه الفـروق التنظيميـة الموجـود ة بينهمـا تحـتم علينـا ضـــرورة رســم وتحـد يـد نطـاق انطبـاق كـل منهمـا عـلى التـوالـي • هـذا ولمـا كـانـت المسـوءوليـة العقد يـة هـي مسـوءوليـة استثنائيـة خاصـة ،فـان تحد يـد نطاقهـا ورسمـه هـو فـي ذ ات الوقـت رسـم لمجـال انطبـاق المسوءوليـة التقصيـرية العمومية ••

---

(1) فان راين ،الرسالة المشار اليها ،فقرة 74 •
اند رى بران ،الرسالة المشار اليها ،فقرة 87 •

•/•

الفصل الثالث

نطاق المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية (1)

المسؤولية المدنية سواء كانت تعاقدية او تقصيرية فهي تفترض وجود ثلاثة عناصر جوهرية وهي الفعل الضار والضرر وعلاقة السببية بينهما . غير ان المسؤولية العقدية تقتضي فوق ذلك جملة من الشروط وهي ان يقوم عقد حقيقي وصحيح بين المسؤول والمضرور كما انه يشترط في الضرر الحاصل ان يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء للالتزام العقدي (2) .

وضرورة وجود عقد حقيقي وصحيح بين المسؤول والمضرور يقتضينا البحث في طبيعة المسؤولية الناشئة في حالات كثيرة، خاصة عندما يتعلق الامر بعلاقات شبه عقدية بين الاطراف او ان احد العاقدين لم يتم ابرام العقد واخيرا تستدعينا ضرورة وجود هذا الشرط، البحث في المسؤولية بعد انهاء العقد وكذلك ما يتعلق باخلال عقد معيب .

اما الشرط الثاني ، وهو وجوب ان يكون المسؤول والمضرور طرفي هذه العلاقة العقدية وهو المستفاد ضمنا بالبداهة، من الشرط الاول فهو يقتضينا البحث في طبيعة المسؤولية عندما يكلف المتعاقد شخصا اخر بديلا عنه للقيام بتنفيذ العقد ومن ناحية اخرى فهو يستدعينا البحث ايضا في الحالة التي لا يتصرف فيها الضرر الى المتعاقد نفسه ولكن الضرر ينزل باحد خلفائه .

---

(1) د . حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، رسالة باريس 1955 (النسخة العربية، مطبعة العراق، 1968) .

(2) ميشال لوراسات، المسؤولية المدنية - 1970 - ص 14 و 15 .
كاربونيية، القانون المدني ، الطبعة 4 - فقرة 113 - ص 416 .
مارس، الرسالة المشار اليها - ص 24 و 25 .
د . محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص 166 وما بعدها .

اما الشرط الاخير فهو وجوب ان يكون هذا الضرر الحاصل نتيجة لازمة وضرورة لعدم التنفيذ . ومفاد ذلك ان المسؤولية العقدية لا تقوم الا اذا كان الضرر بالفعل نتيجة لعدم الوفاء بالالتزام الذى رتبه العقد في ذمة العاقد .

تلك هي العناصر الثلاثة للمسؤولية العقدية . فان لم تجتمع فان المسؤولية لا تكون عندئذ الا مسؤولية تقصيرية عمومية تخضع في مبادئها الى المواد 124 / مدني جزائرى وما بعدها .

وعلى ذلك ارتأينا ان نقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث، نخصص الاول لوجود العقد وصحته، والثاني نخصصه في وجوب ان يكون المسؤول والمضرور طرفي العلاقة التعاقدية، اما المبحث الثالث فنخصصه لعدم تنفيذ الالتزام التعاقدى .

المبحث الاول : في وجود العقد وصحته .

يجب بالبداهة لقيام المسؤولية العقدية ان يكون هناك عقد صحيح بين المسؤول والمضرور من جهة وان يكون الضرر حاصلا بالفعل بسبب عدم تنفيذ العقد من جهة اخرى . ومع ذلك فقد تعلق البعض في فرنسا، في شروحهم وتفسيراتهم لبعض العلاقات الحاصلة بين افراد المجتمع بفكرة العقد . ومن اظهر هذه العلاقات ما اثارته اشباه العقود وما تثيره بعض العلاقات العائلية او التجارية .

1 - طبيعة المسؤولية المدنية في نطاق العلاقات شبه التعاقدية :-

لقد ساد الراى في الفقه الفرنسي القديم، على اعتبار المسؤولية المدنية الناجمة عن حالة التنفيذ او عدم تنفيذ ما اقتضته هذه الروابط شبه التعاقدية بين اطرافها، من طبيعة عقدية (1) تاسيسا على المادة 1374 / مدني فرنسي والخاصة بالفضولي الذى كان يتعين عليه ان يلتزم وفق هذه المادة في عطه حدود عناية رب الاسرة الصالح bonus pater familias ولقد استخلص هؤلاء الفقهاء من

(1) د مولوب، دراسة تقنين نابليون، الجزء الاول، رقم 404 .
بودرى لاكانتينرى / المطول النظرى والعملي للقانون المدني، الجزء الاول، رقم 358 .

./.

ذلك انه لما كان معيار رب الاسرةالصالح يشكل في النطاق التماقدى الاساس العام الذى ينبغي الرجوع اليه دائما في تقدير اى انحراف في السلوك وتقدير المسوءولية العقدية لصاحبه اتباعا ،فانه يجب بالقياس على ذلك تطبيق احكام المسوءولية العقدية دون احكام المسوءولية التقصيرية في مثل هذه العلاقات شبه التعاقدية . هذا ويذهب البعض الاخر في نفس هذا المتجه الى الاقرار بوجود اوجه تشابه كثيرة بين العقود واشباهها الامر الذى دعاهم الى القول بضرورة تطبيق قواعد المسوءولية العقدية .

لكن الفقه الحديث،لم يسلم بوجهة النظر هذه ولم يركن الى الحلول المترتبة عنها وقرر بانه يجب اعتبار المسوءولية المدنية الحاصلة في مثل هذه الظروف تقصيرية وليس عقدية . وذلك استنادا الى الحقيقة التي تقضي بانه اذا كان هناك بالفعل تشابه من حيث التسمية بين العقود واشباهها او ان هناك نقاط اشتراك بينهما في كثير من النواحي ،فان العقد على نقيض شبه العقد هو الذى تترتب عليه ، حالة الاخلال بالالتزامات التي يفرضها ، مسوءولية عقدية ،لان شبه العقد لا يقوم على رضا حقيقي بين اطرافه بل ومع التسليم بقيامه في بعض الفروض احيانا فان هذا الرضا غير كافي لترتيب التزامات قانونية على كاهل طرفيهما على غرار ما هو موءكد في العقد (1) .

2 - طبيعة المسوءولية المدنية في العلاقات العائلية :-

لقد تساءل الكثير في فرنسا ايضا عما اذا كان عدم تنفيذ بعض الواجبات العائلية ،كالاخلال بواجب النفقة بين الزوجين اوعدم تنفيذ بعض الواجبات العائلية الاخرى مقيما للمسوءولية العقدية على تقدير ان هناك عقد زواج بينهما ،ام على

---

(1) اندرى بران ،الرسالة المشار اليها - رقم 84 .
دموج ،الالتزامات ،الجزء الثالث،رقم 3 .
مازو وتانك ،المرجع السابق - الجزء الاول - رقم 103 .
لالو،المطول العملي للمسوءولية المدنية،الطبعة6 ،1962-رقم 395 .

./.

العكس لا يترتب على الاخلال بمثل هذه الواجبات الا المسؤولية التقصيرية على اعتبار ان هذه الواجبات لا دخل لها بعقد الزواج ولكن تتصل بقواعد عامة يفرضها القانون ،ليكون نص المادة 2 38 1 / مدني فرنسي ،هو الواجب التطبيق . وهذا هو ما تاكد في احكام قضائية كثيرة لمحكمة النقض الفرنسية التي طبقت المادة المذكورة في المسؤولية الناشئة عن العلاقات بين الزوجين (1) ويرى البعض تبريرا لهذا الموقف القضائي ،بان هذه الالتزامات العائلية لم يفرضها عقد الزواج بقدر ما يرتد مصدرها الى النصوص القانونية الخاصة والناظمة للعائلة ،او الى تلك العادات الاجتماعية التي توارثت عليها الهيئة الاجتماعية عبر مختلف مراحل تطورها .

3 - طبيعة المسؤولية في بعض العلاقات التجارية :-

المراد بالعلاقات التجارية هنا هي فقط تلك التي لا يكون العقد قد رتبها بين طرفيه لان العلاقات التجارية التي تستند الى العقد ،لا تقم حالة الاخلال بها بين المتعاملين - الا المسؤولية العقدية . ولكن العلاقات التي لا ترتبط بالعقد فانه يكون من الصعب اخضاعها في حالة الاخلال بها من احد الاطراف الى قواعد المسؤولية العقدية ومثالها العلاقة التي تنشأ بين العميل المحتمل client pot-entiel وبين المستغل exploitant فهذه العلاقة اذا كانت تفيد من الناحية العملية ، بان هناك نوعا من الارتباط التجارى بينهما ،فان مثل هذه العلاقة لا تستند في واقع الامر الى عقد حقيقي veritable contrat كما لا يعتبر التراضي بينهما كافيا لترتيب التزامات عقدية على كاهل اى منهما ،للقول عند الاخلال بها من احدهم قيام المسؤولية العقدية ،فاذا سقط العميل المحتمل مثلا في المقر التجارى للمستغل فهل يكون من السائغ تطبيق احكام المسؤولية العقدية ام على العكس يتعين تطبيق القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية ؟

الواقع ان هذه المسألة لم يتردد فيها القضاء الفرنسي الحديث ،الذى رفض

(1) نقض فرنسي ، 21 جوان 1927 ،في دالوز الاسبوعي 1927 ، 398 .

بصفة قطعية تطبيق المسؤولية العقدية فيها حيث لم يقم على كاهل المستغل في حالة اصابة العميل المحتمل اى التزام عقدى بل فتح للعميل المتضرر في هذه الحالة طريق الاحتجاج بالقواعد التقصيرية (1) لان القول بوجود التزام تعاقدى بسلامة العميل هنا على كاهل المستغل واعمال المسؤولية العقدية عند الاخلال به امر تعوزه الدقة ويتعارض الى حد كبير مع المقومات الاساسية للمسؤولية العقدية التي يشترط في الاصل قيام عقد حقيقي وصحيح بين طرفيه .

غير ان محكمة النقض الفرنسية نجدها بالنسبة للمسافر الذى لم يكن بحوزته تذكرة سفر واصيب باضرار اثناء النقل ، تقضي بالمسؤولية التعاقدية للشركة الناقلة على اعتبار انها كانت ملزمة بسلامة المسافر . وهو الالتزام الذى قالت به بالنسبة لبعض الاحوال المشابهة الاخرى ، فقضت مثلا - وفقا لهذا النهج ، بالمسؤولية العقدية لصاحب المطبخ عندما يسقط احد عملائه في المبني او يصاب باضرار (2) .

4 - الخدمات المجانية :-

قد يحدث ان تقع اضرار لاشخاص من جراء ما يقدم لهم من خدمات او مساعدات مجانية من طرف بعض الاشخاص الاخرين . وتظهر مثل هذه الخدمات المجانية بصفة اساسية في النقل الذى اصبح يحتل مكانة بارزة في نطاق هذه الخدمات ولقد اثارت قضية التعويض عن الاضرار الحاصلة في نطاقه صعوبات قانونية كثيرة تتعلق خاصة بالكيفية التي ينبغي التعويض بها او بعبارة اخرى ، بتحديد طبيعة المسؤولية وبيان الاساس القانوني الذى يتعين على القاضي الاعتماد عليه في حكمه وهل يوفق عندما يختار النظام العمومي للمسؤولية التقصيرية او على العكس يجب عليه تطبيق القواعد العقدية ، تلك هي اهم التساؤلات واهمها التي يمكن ان تثار بشان

---

(1) نقض مدني ، 19 نوفمبر 1969 جيريس كلاسور الدورى ، 65 ، 2 ، 14022 وتعليق رود يير

(2) نقض مدني ، 2 جويلية 1946 ، دالوز ، 1946 ، 392 .

نقض مدني ، 4 افريل 1955 ، دالوز ، 1955 - 593 .

نقض مدني ، 9 مارس 1970 ، النشرة المدنية 1 ، رقم 87 ، ص 71 .

البحث في طبيعة المسؤولية في نطاق العلاقات الناشئة عن الخدمات المجانية بصفة عامة . والواقع ان النقل المجاني لم يعد وحده هو الذى يحتل هذه المكانة البارزة في الحقل القانوني بل اصبحت تشاطره الان من حيث الاهمية خدمات مجانية اخرى كالمساعدات المجانية .

واذن فما هي الطبيعة المميزة للمسؤولية الحاصلة عند ما يصاب المستفيد من الخدمة بضرر؟ وما طبيعة العلاقة التي ترتبط بها الشخص مع مقدم الخدمة قبل حصول الضرر . فهل هي من طبيعة تعاقدية للقول بالمسؤولية العقدية في حالة الضرر ام انها من طبيعة غير تعاقدية ؟

لا شك ان فكرة اعتبار العلاقة تعاقدية ، هي فكرة غير مقبولة على الاطلاق ذلك ان توافق الارادتين وان حصل بالفعل بين كل من المستفيد ومقدم الخدمة فهو لا يستطيع ان يولد بالفعل كما هي الحال عليه في العقود - التزامات قانونية محددة من شأنها ان تضع اصحابها في وضعية قانونية معينة .

أ) النقل المجاني :-

- الفقه :-

يلاحظ اولا انه ابتداء من حكم Schrocter الذى اصدرته الدائرة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20/12/1968 ، اصبح بامكان المنقول بالمجان ان يحتج - عند اصابته بضرر اثناء النقل - بالدعوى التقصيرية استنادا الى المادة 1384/1 من القانون المدني الفرنسي . وهو الحل الذى قضى في راى الفقهاء على الكثير من الصعوبات التي كانت تثور في مادة النقل المجاني . كما انه ازال في ذات الوقت مختلف العقبات التي كانت تعترض سبيل ضحايا الضرر في استيفاء حقوقهم في التعويض .

غير ان بعض الفقهاء لم يسايروا هذا الاتجاه القضائي وراحوا يقررون بانه اذا

كانت العلاقة بين الناقل المجاني والمنقول قائمة على اساس عقد حقيقي veritable contrat لكنه بدون اجر non remunéré ولا تثار عند الاخلال بـــه الا المسؤولية العقدية ، لان الناقل ولو بدون اجر ملزم ايضا بمقتضى عقد النقل بسلامة المسافر وعافيته الى مكان الوصول ، اما اذا كانت هذه العلاقة غير مؤسسة على العقد فلا يكون ثمة والحال كذلك مجال للتحدث او الاحتجاج بنظام المسؤولية العقدية . تعويضا للضرر الحاصل بل يتعين تطبيق القواعد العمومية للمسؤولية التقصيرية . ومقاضاة الناقل بالمجان على اساس المادة 1384 / 1 مدني فرنسي التي تعتبر مسؤولية هذا الاخير ، مسؤولية حاصلة بقوة القانون responsabilité de plein droit.

وعقد النقل كما هو معلوم يقوم بين طرفيه حتى ولو حصل الناقل على اجرة زهيدة (1) او كانت عينية لا نقدية وسواء كان النقل تصرفا مستقلا كما هي العادة او ملحقا بعقد اخر ، الاجرة فيه نقدية او عينية . ففي كل هذه الحالات ، يترتب على كاهل العاقدين ، الالتزامات الناشئة عن عقد النقل . ومنها التزام الناقل بتوصيل المسافر سالما معافى الى مكان الوصول ، بحيث يؤدى الاخلال بها قيام المسؤولية العقدية لا المسؤولية التقصيرية (2) .

والنقل اما ان يكون مقابل خدمة واما ان يكون جزءا في عقد اوسع شمولا . بين الناقل والمنقول . وهو في الحالتين عقد معاوضة لا يترتب على الاخلال به ، الا المســـؤولية العقدية . وهذا ما اخذت به بعض المحاكم في فرنسا عندما قضت بان النقل الذى يكون هدفه ابرام صفقة مشتركة affaire commune قوامها خدمات تواعد عليها الطرفان فانه (النقل) يكون في الحقيقة تنفيذا لعقد معاوضة (3) .

---

(1) لا رفوازيي ، المسؤولية المدنية الناشئة في النقل المجاني للاشخاص في القانون الفرنسي والقانون الانجليزى ، رسالة ، باريس، 66 - ص 26 وما بعدها .

(2) جوسران ، النقل المجاني والمسؤولية عن حوادث السيارات، في دالوز الاسبوعي ، سنة 1926 ، فقه ، ص 21 وما بعدها .

(3) استئناف قرونوبل ، 2 مارس 1932 سيرى 1933 ، 2 ، 63 .

./.

غير ان محكمة النقض الفرنسية، ومعها اغلب الاحكام تطبق قواعد المسؤولية التقصيرية على الحالات التي يكون النقل فيها مضروبا لصالح الطرفين وله صفة المعاوضة (1) وهو الراى الذى لا يمكن الركون اليه، لانه يستحيل في راينا رفض الصفة العقدية فيه للنقل اذا كان يعتبر في قصد طرفيه معاوضة.

اما اذا ضرب النقل لمصلحة الناقل وحده، كان يقوم المنقول بخدمة مجانية للناقل او ما يعرف بالنقل المصلحي (2) transport interessé وقد يكون النقل تابعا لعلاقات غير عقدية، فهنا يتعين تحليل هذه العلاقات وتكييف النقل المرتبط بها. والواقع انه لا يمكن ان يترتب على النقل علاقات عقدية الا اذا كان من قام بتادية الخدمة قد اراد ترتيب التزام في ذمته. والغالب ان الراكب، لا يقصد بقبول تادية الخدمة للناقل، الالتزام قانونا في مواجهته على نحو يجبره بالتعويض في حالة العدول عنها.

لذلك استقر الراى في القضاء الفرنسي خلافا للفقه هناك، على اعتبار النقل لا تنشأ عنه سوى المسؤولية التقصيرية.

- وقد لا يكون للناقل اى مصلحة في النقل الذى ارتضاه بل قام به مجاملة او مروءة منه لاخر ليكون النقل تفضيليا بحتا او وفقا لعبارة محكمة النقض (3) un acte de courtoisie purement béné-vole. ولقد راى البعض في فرنسا ان المسؤولية الناشئة عن هذه العلاقة هي من طبيعة عقدية (4) وهو الراى الذى قالت به بعض المحاكم عند ما قررت بوجود تبادل الرضا بين طرفي العلاقة. وهذا الرضا يكفي في رايها لقيام العقد. ومثل هذه الاتفاقات كيفتها على انها اتفاقات من طبيعة خاصة conven-tions sui-generis.

---

(1) نقض مدني فرنسي، 11 اوت 1958 دالوز، 1958 ص 138 وما بعدها.

(2) لارفوازيي، الرسالة المشار اليها، ص 56 وما بعدها.

(3) نقض مدني فرنسي، 27 مارس 1928 سيرى 1928-1-353 تعليق "جيني".

(4) سافاتييه، المسؤولية الناشئة عن عقود الخدمات المجانية، المجالة الانتقادية سنة 1939 - ص 21 وما بعدها.

./.

غير ان هذا الراى لم يكتب له النجاح ولم يسد في القانون الفرنسي الذى استقر قضاوءه متبوع بغالبية الفقه هناك - على نفي الطبيعة العقدية للعلاقة في مثل هذه الاحوال ،وقرر تبعا ،بعدم وجود عقد ولو غير مسمى contrat innommé لا ن تقديم الخدمة في الواقع كان بنية المجاملة فقط اذان ارادة صاحبها لم تنصرف باى حال من الاحوال الى ترتيب اى اثر قانوني كما ان الشخص الذى قبلها لم تكن في نيته ان يحمل نفسه باى التزام قانوني . وعليه لا ينشأ عن هذا التراضي في الاتفاق الاثر القانوني الذى لا يقوم كما نعلم الا باتجاه القصد الى احداثه vinculum juris (1) .

وهكذا لا يسأل الناقل بالمجان في مواجهة الراكب الا رفقا للقواعد العامة للمسوءولية التقصيرية اذا تحققت شرائطها .

والجدير بالذكر ان فكرة المجانية بحد ذاتها في النقل لا تتنافى دائما مع امكان وجود العقد الذى يقوم احيانا حتى ولو كان موضوعه نقلا مجانيا (2) ولكن شريطة ان تتجه الارادة المشتركة للناقل والراكب الى احداث اثر قانوني . كما يجب ان تكون هذه الارادة المشتركة لطرفي العلاقة على قدر كبير من الوضوح . فاذا كانت غامضة وجب تفسيرها وفقا للقواعد العامة . وعند الشك وجب نفي العقد لا العكس. غير ان هناك رايا معاكسا يفترض في حالة الشك قيام العقد وليس العكس. وهو الراى الذى لا نسلم به لانه يتعارض والقواعد السليمة للتفسير التي تقتضي بتفسير الشك عند قيامه دائما لمصلحة المدين . (. راجع المادة 112 / مدني جزائرى) .

---

(1) د . محمود جمال الدين زكي - الوجيز - المرجع السابق - فقرة 15 وما بعدها .
(2) نقض مدني فرنسي - 15 اوت 1926 - سيرى 1926 ، 249 - تعليق اسميسان

./.

- القضـــاء :-

نحـاول اولا عرض مختلف الاتجاهات القضائية في هـذا المجال بقصد تحليـــل اسسها القانونية، والوقوف على الاتجـاه الـذى يسير القضاء على نهجه وذلـك مـــن خـلال دراسة تقييمية للاحكام التي اصدرها في هـذه المسالة .

واول ملاحظة ملفتة للنظر هي انه بعـد الحكم الـذى نطقت بـه دائرة العرائض لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1927/03/29 اصبـح الضرر الـذى يصيب الراكب فـي النقل المجاني ، من حيث المبدأ ، يخضع في تعويضه لقواعد المسـؤولية التقصيرية ولكن اخضاع الضرر على هـذا النحو الى قواعد المسـؤولية التقصيرية كان مرهونـــا بتوافر شرطين اساسيين :

1 - الشرط الاول : الا يكون الناقل محترفا professionel
2 - الشرط الثاني : ان تكون الخدمة استجابة لقواعد اللياقة والمجاملة .

وبهذا يتعين لتطبيق احكام المسـؤولية التقصيرية، في النقل المجاني ان يكـون الناقل غير ذى حرفة اى غير محترف كما يشترط فوق ذلك، الا يبتغي من وراء قيامـــه بهـذه الخدمة اى مصلحة مادية . بل قام بخدمته هـذه، استجابة لقواعد اللياقة والمجاملة فقط . ويبين مما تقدم انه لامكان تطبيق القواعد التقصيرية في النقـــل المجاني ، يجب توافر الشرطين معا . الاول يتعلق بشخص الناقل والثاني بموضـــوع النقل ذاته .

ومعلوم انه لما كانت المسـؤولية التقصيرية مرتبطة بفكرة" الاحتراف" فلا شـــك انه عندما يكون الناقل محترفا لا تقوم الا المسـؤولية العقدية في حالة اصابـــة الراكب بضـرر .

اما بالنسبة للشرط الثاني ، المتعلق بموضوع النقل ذاته ، ووجوب اشتراط الا يكون الناقل مستهدفا مصلحة مادية من وراء قيامه بهـذه الخدمة . فانه يمكـن القـــول قياسا على ذلك بان المسـؤولية التقصيرية لا تقوم في النقل المصلحي transport intéressé

ويبين مما تقدم ان القضاء الفرنسي ، يستند في تحليله هذا الى فكرة مجانية الخدمة (النقل) لنفي فكرة العقد . وبالتالي تطبيق قواعد المسوءولية التقصيرية والظاهر ان هذا الاتجاه القضائي لا يقوى على ايسر النقد عندما استند الى فكرة المجانية لنفي فكرة العقد . لان هذه الفكرة لا تكفي بمفردها كاساس سليم لتفسير طبيعة العلاقة واعتبارها على هذا النحو غير تعاقدية . فهناك عقود كثيرة لا تتضمن العوض كعقد الوديعة بدون اجر والوكالة بدون اجر ومع ذلك تثار في حالة الاخلال بهما قيام المسوءولية العقدية وليس المسوءولية التقصيرية .

هذا وبالرغم من عدم صلابة موقف القضاء - فان جانبا في الفقه الفرنسي ، يوءيده ويعتبر العلاقة بين الناقل والراكب على انها غير تعاقدية . لانها في رايهم لا تستند الى عقد وان تمت بمناسبته اتفاق بينهما . وهو الاتفاق الذى لا يلقى من الناحية القانونية على كاهل الناقل بالمجان ، التزاما بتوصيل الراكب الى مكان محدد (1) .

ومن المفيد ان ننوه الى ان هناك فروضا تتعلق بتطبيق القواعد العقدية دون القواعد التقصيرية . وتتحقق مثل هذه الفروض في الاحوال التي يجيز فيها الناقل المحترف ، للاطفال الصغار حق التنقل مجانا مع ذويهم الذين ارتبطوا معه بعقد . لان النقل هنا في الحقيقة ليس نقلا مجانيا بل هو معاوضة - لانه نتيجة للعقد القائم بين الناقل واولياء الصغار الذين يكونون قد دفعوا الاجرة عنهم في ثمن تذكرة السفر (2) ولكن البعض يرى بان المجانية في مثل هذه الفروض لا توءثر في الالتزام العقدى للناقل المحترف وبالتالي فهي لا توءثر في الطبيعة التعاقدية لمسوءوليته ان حصلت .

---

(1) لالو ، المرجع السابق - رقم 465
سافانييه ، المرجع السابق رقم 125 .
مازو وتانك ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، رقم 110 .
(2) لارفوازيي ، الرسالة المشار اليها ، ص 25 وما بعدها .

./.

اما اذا اخفى هؤلاء الصغار سنهم الحقيقية ،بطريق الغش،فلا سبيل هنا لتطبيق المسؤولية العقدية على الناقل بل يتعين اعمال القواعد التقصيرية .

وكذلك اذا قام الناقل المحترف،بنقل العامل مجانا ،تنفيذا لعقد يكون قد تم بينه وبين رب العمل ـ فهنا تعتبر العلاقة بين الناقل والمنقول في الحقيقة داخلة ضمن الالتزامات العقدية التي يفرضها العقد الاصلي الاول ومن ثم لا يكون التعويض عن الاضرار الحاصلة للعامل ،الا طبقا لقواعد المسؤولية العقدية .

اما بالنسبة لمسؤولية الناقل غير المحترف ،فيلاحظ انه اذا قام بنقل شخص ليقوم معه بابرام صفقة مشتركة affaire commune تعود عليهما بالفائدة فهنا يتعين ،وفقا للراجح ـ تحديدا لطبيعة المسؤولية في حالة تحققها ،الرجوع الى تحديد طبيعة مجموع العلاقات الناجمة عن هذه العملية opération والبحث فيما اذا كانت تفرض عليهما من الناحية القانونية التزامات محددة بالمعنى الفني للكلمة ،لتكون مسؤولية الناقل عندئذ عقدية على تقدير ان النقل في هذه الحالة يعتبر عملية تابعة لمجموع العلاقات التي نشأت بينهما او لا تكون كذلك (1) ولقد حكم القضاء الفرنسي في العديد من هذه القضايا وقرر وفقا للتحليل الذى ذكره تطبيق قواعد هذا النظام او ذاك من المسؤولية المدنية (2) .

ولكن ما يجب ان نلفت اليه الانتباه هو ان هذا القضاء ،لم تتحد حلوله على كلمة واحدة في هذا الصدد ،بل نجده احيانا يقضي بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية بالنسبة للمحامي الذى ينقل موكله الى الجلسة ،ويعزف دون اى مبرر عن تطبيق قواعد المسؤولية العقدية .

---

(1) مازو وتانك ،المرجع السابق ـ الجزء الاول ـ رقم 110 .

(2) استئناف مونبيليي ـ 12 فيفرى 1932 ،جازيت دى باليه ،1932 - 1 - 818 .
استئناف باريس ـ 24 جويلية 1929 جازيت دى باليه 1929 - 2 - 682 .

./.

اما محكمة النقض هناك ، فيلاحظ انها اصدرت احكاما كثيرة بشأن النقل المصلحي وطبقت في العلاقة الناشئة بين طرفيه احكام المسوءولية التقصيرية وفقا للمادة 1384 / 1 وهي في تعبير هذا القضاء مسوءولية تقصيرية تقع بقوة القانون (1) .

هذ وقد يكون الناقل هو وحده المستفيد من عملية النقل ، كان يكون الراكب مثلا هو الذى قام بخدمة له مقابل ذلك ، فان مسوءولية الناقل اعتبرت مسوءولية تقصيرية ايضا لان الخدمة المقدمة من الشخص المنقول لا يمكن في راى هذا القضاء - اعتبارها التزاما عقديا من طرفه ولكن عملا تقتضيه اداب اللياقة والمجاملة (2) .

ب - المساعدات المجانية :-

الاصل انه اذا كانت المساعدة المجانية المقدمة من طرف صاحبها تعتبر تنفيذا لالتزام تعاقدى مع المستفيد منها فلا يسأل هذا المساعد الا وفقا لقواعد المسوءولية العقدية . وعليه لا يمكن اعتبار مسوءوليته تقصيرية الا اذا كان تدخل مقدم الخدمة على سبيل التفضل ودون ان يبتغي مصلحة معينة (3) .

غير ان القضاء الفرنسي ، لم يوءثر في تحليلاته دائما على هذا المعيار بل ارتبط في احكام كثيرة بفكرة مجانية الخدمة ليقيم المسوءولية التقصيرية على كاهل المساعد ، دون القواعد العقدية (4) . فاخضع مسالة توفير المعلومات بالمجان الى قواعد المسوءولية التقصيرية (5) كما انه يقرر ذات الحكم بالنسبة لاحوال اخرى مشابهة (6) .

دى

(1) نقض مدني فرنسي ، 26 فيفرى 1940 جازيت باليه ، 1 ، 396 .
(2) استئناف باريس ، 16 جوان 1938 جازيت دى باليه ، 1 ، 1938 ، 2 ، 37 .
(3) في هذا المعنى ، سان بارات ، المساعدة المجانية للغير ، رسالة ليل ، 1971 .
(4) استئناف باريس ، 4 نوفمبر 1941 سيرى 1941 .
محكمة السين ، 13 نوفمبر 1945 جازيت دى باليه ، 1946 ، 1 ، 93 .
(5) عرائض ، 14 / نوفمبر ، 1910 جازيت دى باليه ، 1910 ، 2 ، 571 .
(6) ا تولوز ، 15 ديسمبر 1932 دالوز الدورى ، 1934 ، 2 ، 45 ، ملاحظات لوب .

./.

ولكنه ابتداء من سنة 1959 اصبح الاتجاه القضائي الفرنسي ،بعد الحكم الذى اصدرته محكمة النقض هناك،بتاريخ 27 ماى 1959، يقر بسهولة كبيرة وجود عقد حقيقي للمساعدة بين مقدمها والمستفيد منها ليقيم على عاتق الطرف الذى تسبب في الاضرار النازلة بالطرف الاخر المسوءولية التعاقدية (1) ،ولقد تاكد ذات الحكم بالنسبة للغير الذى يساعد شخصا اخر في شحن البضاعة (2) .

اما بالنسبة للطبيب الذى يقدم علاجا لزميلة على سبيل التفضل ودون اى مقابل فان القضاء اخضع مسوءوليته ،لنظام التعاقدى ،فقرر ان الضرر الحاصل للمريض في مثل هذه الاحوال لا يبرر سوى قيام المسوءولية التعاقدية للطبيب على تقدير ان العلاقة هنا بين طرفيها هي من طبيعة عقدية وتفيد من ناحية اخرى اننا بصدد عقد من عقود التبرع (c'est un contrat onereux, car la récipro-cité fonde une remise volontaire de la dette d'honoraires).

لكن الامر يختلف بالنسبة لوضعية الطبيب الذى يقدم علاجا للمريض على وجه الاستعجال بسبب تدهور حالة المريض الصحية ،ودون ان يستطيع الحصول على موافقة منه ،فهنا لا تخضع الاضرار المترتبة على مثل هذا التدخل الاستعجالي من طرف الطبيب - وفق راى بعض الفقهاء - الا لقواعد المسوءولية التقصيرية (3) .

5 - طبيعة المسوءولية المدنية في حالة بطلان العقد :-

اولا لا تبدو ثمة صعوبة في تحديد الاتجاهات الفقهية المختلفة التي تناولت هذه المسالة بالبحث والتاصيل ،ويمكن في البداية الاشارة الى ان هناك انقسام في الراى بين موءيد للطبيعة التعاقدية للمسوءولية في حالة بطلان العقد وبين رافض لها وموءيد للطبيعة التقصيرية (4) .

---

(1) نقض مدني ، 30 افريل 1970 ،النشرة المدنية، اا ،رقم149 -ص114 وما بعدها .
(2) نقض مدني ، 23 ماى 1962 جازيت دي باليه، 1962، 2، 270 .
(3) سافاتيه واوبرى وماكيينو، المطول في القانون الطبي ،رقم 309 .
(4) حسن الخطيب، نطاق المسوءولية التقصيرية والمسوءولية التعاقدية ،رسالة باريس1955 ص343 وما بعدها .

اولا - انصار النظرية التعاقدية :-

ويرجع الفضل في النداء بهذا الراى الى الفقيه "ايهرنج" الذى وضع نظريته المعروفة بنظرية الخطأ عن تكوين العقد . الذى يرتد اصلها فى راى البعض الى القانون الروماني الذى كان يخول للعاقدين الحق في اقامة الدعوى العقدية للمطالبة بالتعويض عن الاضرار المترتبة عن بطلان العقد .

ولقد اكد هذا الفقيه ، تفسيرا لنظريته المذكورة - بان العاقدين ملزمان ، اثناء المفاوضة بالا يصدر من ايهما فعلا مضرا بالطرف الاخر . وتجدر الاشارة الى ان هذه النظرية لاقت رواجا في الفقه الفرنسي ، حيث تبناها بعض الفقهاء وقد سوا لتدعيمها حججا وادلة متفاوتة في الاهمية استخلصوا معضمها من التاويلات المختلفة التي اعطوها للمادة 599 مدني فرنسي والمتعلقة ببيع ملك الغير . ومن هوءلاء الفقهاء ، يمكن ان نذكر الفقيه سالي (1) .

1 نظرية ايهرنج : في الخطا عند تكوين العقد :

لقد اشتهرت هذه النظرية في فقه القانون المدني بفضل العلامة ايهرنج كما راينا - ومفادها ان الخطأ الذى يقع بمناسبة ابرام العقد ، سواء حال دون انعقاده او ادى الى بطلانه هو خطأ من طبيعة عقدية ، يقيم على كاهل من اتاه المسوءولية العقدية . وعلى هذا النحو ، لا تعبر هذه النظرية ، سوى عن ذلك الخطأ الذى يقع بمناسبة الشروع في اقامة علاقة عقدية ، وعليه فاذا اصيب احد طرفيها بضرر نتيجة عدم تنفيذ العقد المزمع ابرامه او نتيجة للاطمئنان الى قيامه ، فان المضرور تكون له دعوى المسوءولية العقدية .

2 - اساسها :

وتتاسس هذه النظرية في راى صاحبها على نصوص كثيرة في القانون الروماني

(1) سالي ، النظرية العامة في الالتزامات ، الطبعة الثانية - ص 176 وما بعدها .

كانت تمطي في بمض الحالات، خاصة في الانعقاد الباطل لانعدام المحل او لخروجه عن دائرة التعامل، للمشترى الذى اطمأن الى صحة البيع ولو مع جهله للعيب الذى ادى الى بطلان العقد، دعوى عقدية ضد البائع وهي دعوى ناشئة من البيع ذاته، ليس لاسترداد الثمن فقط والذى تكفي دعوى استرداد المدفوع بدون سبب لرده اليه condictio sina causa ولكن للحصول على التعويض عن الاضرار التي نزلت به اثر اعتقاده في صحة البيع. والظاهر ان دعوى التعويض هذه، ليس هدفها الحصول على مقابل لما كان سوف يحصل عليه، لو ابرم العقد، ولكن هدفها هو اعادة المتضرر من ذلك الى الوضع الذى كان عليه قبل التعاقد اى الى الحالة ما قبل وجود العقد (1). لان المشترى والحالة هذه تكون له مصلحتان. الاولى هي قيام العقد صحيحا ومن ثم تبدو مصلحته في تنفيذه، ليحصل حالة الاخلال به على التعويض المناسب. وهذه هي المصلحة التعاقدية الايجابية. وهي المصلحة التي لا يمكن ان يوفرها الا العقد الصحيح. اما اذا بطل العقد، فليس للمشترى سوى مصلحة في عدم ابرامه. وهذا ما يعبر عنه بالمصلحة التعاقدية السلبية. وهي المصلحة التي تضرب في العادة، للعاقد حسن النية في حالة بطلان العقد.

هذا واذا كان العاقد لا يستطيع في حالة البطلان الا المطالبة بالمصلحة السلبية وحدها فلان البطلان ذاته يرجع في حقيقة الامر الى القانون. وكل ما ينعي على المدعي عليه جهله باسبابه واقدامه على ابرام عقد لا يمكن من الناحية القانونية ان يقوم، وكذلك الاضرار التي احدثها تبعا لهذا الموقف بالمتعاقد الاخر. وعلى هذا الاساس، يجب ان يكون التعويض قاصرا على الضرر الذى نزل به نتيجة ابرام العقد (2).

---

(1) ايهرنج، الاعمال المختارة، ترجمة مولينار، الجزء الثاني، فقرة 9 - ص15 وما بعدها.
(2) ايهرنج، الاعمال المختارة، المرجع السابق - ص 18 وما بعدها.

ويخلص هذا الفقيه اخيرا الى ان دعوى التعويض هذه لا يمكن ان تقع في نطاق العلاقات غير التعاقدية رغم عدم قيام العقد او ابطاله، لانها حالئذ تتاسس اما على التدليس او على قانون اكيليا . ولما كانت دعوى التدليس من غير الممكن تصورها على عاتق المدعي عليه الذى يعد حسن النية ولما كانت الدعوى الاكيلية لا تصلح ايضا كاساس في هذه الحالة لان طبيعة الضرر الذى يطلب التعويض عنه غير مستجمع للشروط التي يجب توافرها فيه لرفعها (1) وعليه لا يبقى من تكييف ... سيم لهذه الدعوى - في راى هذا الفقيه سوى اعتبارها - عقدية وهذه الدعوى لا تستمد طبيعتها الخاصة من العلاقة بين المسوءولية والرابطة العقدية الحقيقية ولكن تستمد طبيعتها من العلاقة الظاهرية . وفي نفس هذا المتجه، يقرر بانه اذا كان القانون يحرص على حماية العلاقات العقدية القائمة فعلا، فهو في رايه، يحرص في ذات الوقت على صون هذه العلاقات وحمايتها في طور نشأتها او تكوينها حتى لا تضطرب المعاملات او تتصدع المراكز القانونية للاشخاص في المجتمع . وبناء عليه يكون لزاما على العاقد الذى يعلن ارادته الى الطرف الثاني، ان يلتزم بضمان النتيجة الايجابية له، وهي صحة الاعلان، كما يتعين على كل عاقد، اذا قام العقد صحيحا ان يضمن للمتعاقد الاخر، تنفيذه بالطريقة المتفق عليها، اى يضمن له المصلحة العقدية الايجابية .

والواقع ان الضمان هنا، لا يقتصر فقط على تلك المصلحة الايجابية، بل يمتد في راى القائل به الى المصلحة السلبية ايضا والتي تظهر في حالة بطلان العقد، وتتمثل في عدم قيامه اصلا، وهكذا، يجب تعويض هذا المتعاقد الاخر، الذى اطمان قلبه الى صحة العقد، ضمانا لهذه المصلحة العقدية السلبية (2) .

---

(1) وهذه الشروط هي وجوب ان يكون الضرر محسوسا visible وماديا materiel ويلحق الكائنات الخارجية اشخاصا كانوا ام اشياء causé à des objets exte- -rieurs.
(ايهرنج - المرجع السابق - ص 23 وما بعدها) .

(2) ايهرنج - المرجع السابق - ص 39 و 40 .

وجدير بالذكر ان الحيطة والتبصر اللازمين في العملية التعاقدية - تبدأ في راى ايهرنج - بمجرد صدور الايجاب وان كان لا ينتج اى اثر قانوني قبل القبول لانعدام الضرر . وعليه لا وجه للمطالبة بالتعويض عند سحب الايجاب قبل القبول لان الطرف الذى وجه اليه الايجاب، اذا عمد بدل قبوله الى تنفيذ العقد على افتراض انه قائم واعتمادا على وصول الايجاب اليه يكون هو نفسه مرتكبا لخطا طالما انه لم يدخل في تقديره امكانية سحبه قبل القبول . ولكن متى قبل الايجاب، بدأ حقه في الاعتداد على وجود العقد ، حيث يستطيع ان يلقى على كاهل العاقد الاخر، عند سحبه للايجاب النتائج الضارة للفعل الذى دفعه الى القيام به (1) .

3 - تقديرها :

ان هذه النظرية في الواقع تاثر بها القانون المدني الالماني(2)، ويقول بها البعض في الفقه الفرنسي (3) وان اختلفوا في تاسيس الالتزام بالتعويض، فمنهم من يؤسسه على فكرة الاتفاق الضمني السابق الملحق بالعقد الاصلي المزمع ابرامه كما راينا ، ومنهم من يؤسسه على اتفاق ضمان ضمني الذى يتعهد بموجبه كل عاقد تجاه الاخر، بعدم اتيان ما يعوق السير الحسن للعملية التعاقدية او يؤدى الى ابطال العقد .

على ان فكرة العقد الضمني هذه هي فكرة لم يقل بها ايهرنج اطلاقا في نظريته لانه يؤسس المسؤولية على ذات العقد الاصلي رغم عدم قيامه، او رغم بطلانه وليس على عقد ثان ضمني ملحق بالعقد الاصلي المزمع ابرامه . ولا شك ان هذه الاراء المحاولة لتاصيل النظرية وتاسيسها لم تظفر بتاييد الجمهور في فرنسا ، وعابوا على فكرة الاتفاق الضمني الذى نادى به البعض، بانه مجرد تصور وهمي لا يستند الى الواقع ولا وجه للحقيقة فيه . لان المرحلة التمهيدية للتعاقد ، تفرض على القائمين بها

---

(1) ايهرنج - نفس المرجع - فقرة 16 - ص 40 .
(2) راجع المواد 118، 119، 120، 122 من القانون المدني الالماني .
(3) راجع مقال الاستاذ سالي في المسؤولية ما قبل التعاقد ، المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1907 - ص 697 وما بعدها .

./.

التزامات باليقظة والحرص كتلك التي يفرضها ازدحام الشارع بالمارة على سائقي السيارات (1) .

والملاحظ، هو ان نظرية ايهرنج نشأت في احضان القانون الروماني الذى لم يصل الى تقرير مبدأ عام للمسؤولية التقصيرية يمكن على اساسه تطبيقه على الاخطاء التي تقترن بما يعرقل عملية التعاقد او يعوق ابرام التعاقد او يؤدى الى ابطاله . لذلك، لم يعد لها مبرر في الوقت الحاضر (2) بل يؤدى الاخذ بها في ظل القوانين الحديثة الى اصطدام خطير بمبدأ الاثر المطلق للبطلان الذى يتمثل في زوال كل اثر قانوني للتصرف الذى يلحقه (3) .

وبناء عليه ، لا يمكن تاسيس المسؤولية المدنية ، حالة بطلان العقد او عند عدم قيامه الا على الاساس التقصيرى . وهذا ما يؤيده الفقه المصرى المعاصر ، بل وقد ظهر القانون المدني المصرى خاليا من اى اشارة تفيد الاخذ بنظرية" ايهرنج " التي تعتبر ، وفقا لما قررته مجموعة الاعمال التحضيرية المصرية ، نظرية دقيقة جدا يحسن عدم الاخذ بها (4) ، وهكذا لا يمكن وفقا للراجح في مصر ، القول بان المادة 142 مدني مصرى التي "تفيد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد" تشير الى التعويض عن المصلحة السلبية وفقا لنظرية ايهرنج .

وهو ذات التاويل الذى نراه مناسبا للمادة 103 مدني جزائرى التي تنص على ان" يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد او ابطاله" .

---

(1) د وموج ، الجزء الاول - فقرة 35 .
(2) د . السنهورى ، الوسيط ، الجزء الاول ، فقرة 311 .
(3) د . محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الالتزام - المرجع السابق الجزء الاول - ص 130 .
(4) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية المصرية ، الجزء الثاني - ص 263 .

./.

لان هذه المادة ،كل ما تفيده في راينا هو محو الاثار القانونية للتصرف بطريقة رجعية ترتد الى يوم الانعقاد ولا الى تاريخ الحكم به ،وخلاصة القول هي ان طبيعة المسوءولية المدنية في حالة بطلان العقد ـ من حيث الاصل ـ هي في القانون المدني الجزائرى من طبيعة تقصيرية(1) وهو الراى الذى يجب تعميمه ايضا بالنسبة لحالة الفسخ حيث يجب اعتبار المسوءولية الناشئة فيه هي من طبيعة تقصيرية لان من اثار الفسخ ،هي اعادة حال العاقدين الى ما قبل التعاقد . وهذا ما يوءكده القانون المدني الجزائرى في مادتيه 119 و 120 .

ثانيا ـ انصار النظرية التقصيرية :ـ

وتكاد هذه النظرية تستقطب الغالبية العظمى في الفقه المعاصر . ويرى انصارها انه اذا كان العقد باطلا فلا مكان لتصور المسوءولية العقدية عن الاضرار الحاصلة في نطاقه ومن ثم لا يمكن تاسيس التعويض الا وفقا للقواعد العمومية للمسوءولية التقصيرية . لان التقرير ببطلان العقد معناه من الناحية القانونية نفي لوجود العقد الذى يعد شرطا ضروريا لقيامها . وبالتالي لا مكان لقيام المسوءولية العقدية عن عقد لا وجود له . وهذا هو الراى الذى يوءيده القضاء الفرنسي ايضا . لان من شروط المسوءولية العقدية كما هو معلوم ليس فقط وجود العقد ـ بل وجوب ان يكون هذا العقد صحيحا ومنتجا لاثاره القانونية . اما العقد الباطل ،فهو عقد كان لم يكن اصلا (2) .

---

(1) لكن هذه القاعدة يرد عليها استثناءان ،الاول متعلق ببطلان عقد العمل ،والثاني متعلق ببطلان عقد الشركة . راجع د . نور الدين تركي ،الالتزامات،المرجع السابق - 1982 - ص 32 وما بعدها .
وفي عقد العمل : راجع القانون رقم78-12 الموءرخ في 5/ 08/ 1978 والمتعلق بالقانون العام للعامل ،الجريدة الرسمية، 8/ 08/ 1978 .
الامر رقم 75-31 الموءرخ في 29/ 04/ 1975 (علاقة العمل في النطاق الخاص) .
وفي بطلان الشركة،راجع المادة 741 من القانون التجارى الجزائرى .
د . نور الدين تركي ،قانون الشركات التجارية،دروس مطبوعة ،الجزائر، 1976 ص135 وما بعدها .

(2) اندرى بران ـ الرسالة المشار اليها ،رقم 143 - ص 160 وما بعدها .
د . حسن الخطيب،الرسالة المشار اليها ،ص 343 وما بعدها .
د . محمد حسنين ،الوجيز في نظرية الالتزام،طبعة 1983 - ص88 ومابعدها .

./.

والبطلان كما هو معلوم على نوعين ، بطلان وقابلية للابطال . وترتيبا على ذلك اذا كان العقد باطلا او كان قابلا للابطال وتقرر ابطاله من طرف من شرع لصالحه فانه لا يمكن ان تثور من حيث الاصل ، بين طرفيه ، في الراجح ، سوى المسؤولية التقصيرية (1) لان الحكم ببطلان العقد وفقا للمادة 103 مدني جزائرى معناه ازالة كل الاثار القانونية التي يرتبها العقد الصحيح او في عبارة مساوية انعدام الوجود القانوني له . ومن ثم لا يمكن ان يكون العقد الباطل مصدرا للمسؤولية العقدية التي تفترض عدم تنفيذ التزام رتبه عقد صحيح .

وعلى هذا النحو يمكن ان نقول بان العقد الباطل لا ينشيء بل ولا يمكن ان ينشيء اى التزامات من هذا القبيل لانه يعد - على حد راى البعض - مظهرا لعقد لا وجود له . ومن هذا المنطلق ، يرفضون الاخذ بنظرية الفقيه "ايهرنج" وهي "نظرية الخطأ عند تكوين العقد" .

ويرى البعض تفسيرا لهذه النظرية ، بان العاقدين يكونان بمقتضاها قبل اتمام العملية النهائية للعقد - قد اتفقا ضمنا - في عقد ضمني سابق - يلزمهما بل ويفرض عليهما ضرورة التزام حدود اليقظة والحيطة اللازمتين لتفادى ما من شأنه ان يؤدى الى بطلان العقد (2) .

غير ان فكرة العقد الضمني السابق هذه لم تحظ بتاييد الفقه - الذى يرى بأن هذا العقد السابق المزعوم لا يتفق بالمرة مع الارادة المشتركة للعاقدين بل يكاد يكون مفروضا عليهما بطريقة تعسفية فضلا عن انها تعتبر متناقضة في كثير من نواحيها ذلك ان بطلان العقد الاصلي اللاحق من الناحية المنطقية سوف يمنع هذا العقد الضمني السابق من انتاج اى اثر قانوني له . وعليه لا يبقى ثمة مبرر لقبول نظرية "ايهرنج" .

---

(1) د . نور الدين تركي ، المرجع السابق - رقم 32 - ص 31 .
(2) انظر لقروس، محاولة من اجل نظرية عامة للمسؤولية في حالة بطلان العقد ، رسالة ديجون 1900 ، وعلى الاخص الفقيه روبيي ، محاولة في المسؤولية ما قبل التعاقدية رسالة ، ليون 1911 .

./.

6 - طبيعة المسؤولية المدنية والعقد القابل للابطال :-

ان العقد القابل للابطال يثير في الغالب صعوبات قانونية جمة ، يرجع اهمها الى الفروض المختلفة التي تقوم بين طرفيه ، وهذه الفروض تارة تجعل المسؤولية المدنية من طبيعة تقصيرية وتارة اخرى تجعلها من طبيعة عقدية .

وتقدير مثل هذه النتائج ، تستدعي منا في المقام الاول ، الوقوف على مثل هذه الحالات القانونية المختلفة ، ونحاول بحثها ودراستها - رفعا - لما قد يشوب افهام البعض من لبس في كثير من الاحيان .

وفي البداية ، يحسن بنا ان نفرق بين حالة مطالبة القاصر او من شرع الابطال لصالحه بتنفيذ العقد القابل للابطال . وحالة تمسك القاصر او الذى شاب رضاه عيب بابطال العقد . ففي مثل هذه الاحوال ، لا شك ان طبيعة المسؤولية المدنية ليست واحدة دائما فهي تارة عقدية وتارة اخرى تقصيرية .

وقبل الخوض في معالجة هاتين المسالتين ، لا بد من استجلاء بعض الحقائق وهي انه اذا كان العقد قابلا للابطال لنقص في الاهلية وفقا للمواد 42 و 43 من القانون المدني الجزائرى ، او لعيب شاب رضا احد المتعاقدين وفقا للمواد 81، 86، 88، 90 منه فانه مع ذلك ينتج جميع اثاره القانونية ما لم يقضي ببطلانه بل وتبقى هذه الاثار كما لو نشأ العقد صحيحا تماما . ومن ثم تقوم المسؤولية العقدية قبل العاقد الذى لم ينفذ الالتزامات التي نشأت في ذمته طالما لم يتمسك ذو المصلحة بابطاله (1) .

اما اذا امتنع من شرع الابطال لصالحه عن تنفيذ العقد ، وتمسك بابطاله ، وقضي له به زال الوجود القانوني للعقد باثر رجعي (المادة 103 مدني جزائرى) اى منذ ابرامه ولا تقوم من ثم قبل العاقد الذى امتنع عن التنفيذ اية مسؤولية ، لا عقدية لان العقد كان لم يكن اصلا ، ولا تقصيرية لانه لا يمكن ان ينسب اليه خطا في مسلكه يبرر قيامها .

(1) اندرى بران - الرسالة المشار اليها - فقرة 328 .

./.

ولكن اذا نسب الى احد العاقدين خطا اخر،غير الامتناع عن تنفيذ العقد كان يتلف المستاجر المين المؤجرة قبل الحكم بابطال عقد الايجار-فان المستاجر يصبح مسؤولا وفقا للقواعد التقصيرية لو ان البعض يرى عكس ذلك، ويعتبرها عقدية على تقدير ان هناك وجودا قانونيا للعقد قبل ابطاله فضلا عن ان البطلان في رايهم لا يرد على العقد وانما يقتصر على اثاره (1) .

والواقع ان هذا الراى الاخير، لا يتفق مع طبيعة البطلان ولا مع اثره المنعطف الذى يعترف به جمهور الفقهاء في فرنسا ومصر والوارد عندنا صراحة في المادة103 مدني جزائرى والقاضية باعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد . (راجع المادة 142 / 1 مدني مصرى) .

1 - احيانا قد يفضل القاصر او من شاب رضاه عيب، بدل التمسك بالابطال الذى شرع لصالحهم، تنفيذ العقد . وفي هذه الحالة، اذا لم يحصل التنفيذ من طرف المدين، فان المسؤولية المترتبة عن الاضرار الحاصلة، هي من طبيعة عقدية طالما ان العقد، لم يقضي ببطلانه وعليه فهو من الناحية القانونية، كالعقد الصحيح تماما في ترتيب اثاره (2) .

2 - اما اذا تمسك من له المصلحة في الابطال، بدلا من التنفيذ، بابطال العقد، فهنا لا تثور في مسالة التعويض عن الاضرار، الا القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، لان العقد الباطل، لا اثر له من الناحية القانونية، وبالتالي فهو ليس مصدرا للمسؤولية العقدية، التي تفترض كما سبق القول، عدم تنفيذ التزام عقدى (3) .

وبالاضافة الى ذلك، يلاحظ انه اذا ارتكب القاصر مثلا غشا او استغل الطرف الثاني دون اخفاء لقصره . ففي هذه الحالة يكون للطرف الثاني، فضلا عن تمسكه بابطال

---

(1) جابيو، بطلان التصرفات القانونية، رسالة ديجون 1909، ص 154 وما بعدها .

(2) مازو وتانك، المسؤولية، المرجع السابق ، الجزء الاول، رقم 129 .

(3) اندرى بران، الرسالة المشار اليها، رقم 139 .

./.

العقد وفقا للمادة 90 مدني جزائري ان يطالبه ايضا بالتعويض عن الاضرار التي تكون قد نزلت به لا على اساس المسوءولية العقدية ولكن طبقا للقواعد العامة للمسوءولية التقصيرية المنصوص عليها في المواد 124 مدني جزائري ومابعدها (1) .

اما اذا اخفى هذا القاصر سنه الحقيقية بوسائل احتيالية ، فانه يتعين على الطرف الاخر ابطال العقد للتدليس وفقا للمادة 86 مدني جزائري كما يكون له من ناحية اخرى مطالبة القاصر بالتعويضات اللازمة عن الاضرار الحاصلة ، لا على اساس المسوءولية العقدية ولكن على اساس المسوءولية التقصيرية (2) . اما اذا فضل المدلس عليه ، الابقاء على العقد ، بدلا من التمسك بابطاله ، فلا تكون له هنا سوى المطالبة بالدعوى العقدية عندما يرفض القاصر تنفيذ الالتزامات التي يكون العقد قد رتبها في ذمته . اما اذا تمسك القاصر بحقه في الابطال ، فلا تثور وفقا للمادة 1307 مدني فرنسي في جانبه اية مسوءولية لان المادة تجيز له التمسك بالبطلان دون ان يستتبع هذا اى مسوءولية في جانبه . ومن هنا يتضح انه لا مجال للتحدث عن مسالة طبيعة المسوءولية المدنية بالنسبة للقاصر الذى يتمسك بالبطلان ، وفقا للقانون المدني الفرنسي لانها غير قائمة اصلا بنص القانون (3) .

لكن القانون المدني الجزائرى ، في مادته 103 ، تبنى حلا مغايرا ، حيث قرر في الفقرة الثانية منها بان ناقص الاهلية الذى يتمسك بالبطلان ، لا يلزم ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، والظاهر ، هو ان ناقص الاهلية وفقا لهذا المعنى ، لا يسال حالة تمسكه بالبطلان ، مسوءولية عقدية ، لان العقد الذى يقضي ببطلانه وفقا للفقرة الاولى من المادة 103 المذكورة ، يعيد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل وجود العقد .

---

(1) في هذا المعنى ، بران ، نفس المرجع ، رقم 152 .
(2) نقض عرائض ، 1898/11/15 ، في دالوز ، 99 ، 1 ، 489 .
(3) نقض عرائض 1924/03/17 ، دالوز الاسبوعي ، 1924 ، 261 .

ولكن المشرع الجزائرى ، اذا كان لا يقول بالمسوءولية العقدية لناقص الاهلية المتمسك بالبطلان من حيث الاصل ، فهو في الفقرة الثامنة من نفس المادة ، يجعله مسوءولا مسوءولية قانونية محددة على سبيل الاستثناء طالما انه الزمه فقط برد ما عاد عليه من منفعة . وذلك على اساس قواعد الاثراء بلا سبب والمنصوص عليه في المادة 141 مدني جزائرى ، ولو ان البعض يوءسس هذا الحكم على قواعد الدفع غير المستحق (1) وخاصة ما ورد في المادة 148 مدني جزائرى ، التي تقضي بانه "اذا لم تتوافر اهلية فيمن تسلم غير المستحق ، فلا يكون ملزما الا بالقدر الذى اثرى به" والواقع ان هذا الراى الاخير ، والموءسس على المادة 148 مدني جزائرى ، ليس في راينا ، سوى تطبيقا للاثراء بلاسبب .

7 - طبيعة المسوءولية المدنية عند عدم اتمام العقد :-

الواقع ، ان هذه النقطة ، تستدعينا البحث ، في طبيعة المسوءولية ولكن قبل تمام العقد ، بمعنى هل الاضرار الناشئة في هذه المرحلة السابقة على تكوين العقد تقيم المسوءولية العقدية لمن كان سببا في حدوثها ام على العكس تقيم مسوءوليته التقصيرية .

ومثل هذه الصعوبة تظهر خاصة ، عندما يسلك احد العاقدين طريقة يستحيل معها قيام العقد . ويتجلى ذلك ، بكل وضوح ، في حالة وجود وعد حقيقي بالتعاقد بين طرفي العلاقة . . .وفي هذا الفرض لا تثور في راى البعض الا الطبيعة التعاقدية للمسوءولية المدنية المتصورة . (2) . (راجع المادتين 71و72 من القانون المدني الجزائرى) .

---

(1) راجع المواد 143 وما بعدها .

(2) مازو وتانك ، المسوءولية ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، رقم 116 .
د . حسن الخطيب ، الرسالة المشار اليها ، ص 327 وما بعدها .

./.

على ان طبيعة مسؤولية الواعد ، الذى يتراجع في وعده قبل الميعاد المحدد اتفاقا او قبل الاجل المتعارف عليه في العادة ، لا يمكن ان تكون الا تقصيرية وهذا بخلاف ما كان يقول به الفقيه ايهرنج في نظريته "المسماة بنظرية الخطأ عند تكوين العقد" ولقد سبقت الاشارة اليها بالقدر الذى يغني عن اية استفاضة (1) حيثاعتبر مسؤولية الواعد في مثل هذا الفرض عقدية ، وهي النتيجة التي قال بها بعض الفقهاء ، ايضا ، على اساس ان مسؤولية الواعد العقدية تجد تفسيرها في التزام الواعد بطريقة منفردة . ومن ثم كان تنفيذ اى التزام ارادى او الاخلال به من جانبه - في رايهم - مقيما للمسؤولية العقدية (2) .

وباختصار ، يتعين في حالة انتفاء توافق الارادتين بين الاطراف او في حالة عدم وجود التزامات عقدية بينهما بالمعنى الفني للكلمة ، اعمال القواعد العمومية للمسؤولية التقصيرية . لان المسؤولية العقدية ، لا تتحقق كما سبق القول - الا بوجود العقد بين المسؤول والمضرور ومن ثم فهي تعتبر جزاء الاخلال بالالتزامات الناشئة عنه . وعليه تظل الفترة السابقة على ابرامه - خارجة عن نطاقه ولا تبرر سوى قيام المسؤولية التقصيرية (3) ، فاذا حصل خطأ مثلا في مرحلة الدعوة الى التعاقد ، فلا تقوم الا المسؤولية التقصيرية . لان الاصل ، هو حرية المضي في المحادثات والعدول عنها بالنسبة لكل مقدم على التعاقد . دون ان يستتبع ذلك مسؤولية عن اسباب تراجعه . وعليه ، لا وجه لمساءلته عن قطع تلك المفاوضات الا اذا اقترن سلوكه بواقعة مستقلة عن عدوله هذا ، تعتبر خطا في جانبه . ويتحقق ذلك في الفرض الذى تقوم فيه سوء نية المتراجع او في الاحوال التي تكون نيته الى التعاقد غير جادة في الاصل . ففي مثل هذه الاحوال ، يسال تقصيريا ، لانه يعتبر منحرفا عن السلوك المالوف الذى يقتضيه سلوك الرجل المعتاد (4) او ان خطاه هذا يكمن وفقا لراى ايده

---

(1) راجع سابقا ، الصفحة   من هذا البحث .

(2) فرانسوى شابا - الاعلان عن الارادة المزيفة في القانون المدني الغرنسي ، رسالة باريس 1931 .

(3) بلانيول وريبير ، المرجع السابق ، الجزء السادس ، فقرة 133 .

(4) استئناف رانس ، 8 يوليو 1929 د الوز الاسبوعي 1929 - ص 548 .

./.

القضاء الفرنسي في بعض احكامه في قطع المفاوضات ذاته والذى يتنافى مع ما توجبه قواعد حسن النية في العلاقات التجارية (1) وهو الراى الذى لم يقره البعض الذين استلزموا ان يكون الخطأ مستقلا عن مسالة قطع المفاوضات ذاتها .

والواقع ان الحلول التي انتهى اليها القضاء الفرنسي ، كانت تتاسس في حقيقة الامر ، على ذلك الالتزام العام بحسن النية في ابرام العقد او في تنفيذه والذى يعتبر الاخلال به ،يما للخطأ يبرر تبعا قيام المسوءولية التقصيرية . ولكن قطع المفاوضات العقدية لا يعتبر وحده اخلالا بهذا الالتزام بل يتعين لاعتباره كذلك ان تقترن به ظروف اخرى تسبغ عليه نعت الخطأ (2) .

وعلى اية حال ، فاذا تبلورت المحادثات ، في ايجاب يوجهه احد الطرفين الى الاخر ، لم يبق لقيام العقد الا قبوله من الطرف الاخر فقد يقترن الخطأ بالرجوع عن الايجاب او يقترن بالامتناع عن القبول .

والواقع ان مسوءولية الموجب عن عدوله في الايجاب ، تتصل بمدى التزامه به . ومن الملاحظ ان الفقه التقليدى ، لا يعتبر الايجاب ملزما للموجب (3) حتى ولو رجع فيه . طالما انه لم يقبل من الطرف الاخر . ويتاسس هذا الراى في نظر القائلين به على ان الارادة المنفردة ليست في الاصل مصدرا للالتزام وهذا ما اكدته مرارا محكمة النقض الفرنسية ، عندما قررت بامكان الرجوع في الايجاب ما دام لم يقبل على وجه صحيح (4) . ومع ذلك قد يقترن الرجوع فيه ، بخطا يقيم المسوءولية التقصيرية للموجب ويظهر ذلك بصفة خاصة في الاحوال التي يصدر فيها الايجاب دون ان يكون لدى الموجب ارادة باتة

---

(1) نقض مدني فرنسي ، 20 مارس 1972 مجلة الاسبوع القانوني 1972 ، 2 ، 17543 تعليق شميدت - المجلة الفصلية للقانون المدني ، 1972 ، رقم 1 - ص 779 .

(2) بلانيول وريبير ، المرجع السابق ، الجزء السادس ، فقرة 133 .

(3) استئناف رانس ، 8 يوليو 1929 د الوز الاسبوعي 1929 - ص 548 .

(4) نقض مدني فرنسي ، 20 مارس 1972 مجلة الاسبوع القانوني 1972 ، 2 ، 17543 تعليق شميدت - المجلة الفصلية للقانون المدني ، 1972 ، رقم 1 - ص 779 .

./.

وحاسمة في ابرام العقد (1) والواقع ان الخطأ الذى يقيم المسوءولية التقصيرية لا يكمن في الحقيقة في العدول عن الايجاب، لان هذا العدول لا يعتبر خطأ منه الا اذا التزم صاحبه بعدم العدول عنه .

على ان هذه الخلافات قد حسمت عندنا، في ظل التقنين المدني الجزائرى الذى اعتبر الموجب ملتزما صراحة بايجابه خلال الميعاد المحدد او الذى يستخلص من ظروف الحال او من طبيعة المعاملة ويرجع التزامه بهذا الايجاب الى ارادته المنفردة (2) وهذا ما توءكده المادة 63 منه (وتقابلها المادة 93 مدني مصرى) التي تقضي بانه" اذا عين اجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى انقضاء هذا الاجل . وقد يستخلص الاجل من ظروف الحال او من طبيعة المعاملة" .

وقد يكون بعض الاشخاص في حالة ايجاب دائمة كاصحاب المهن المنظمة او اصحاب الاحتكارات القانونية والفعلية (3) بحيث ينعقد العقد بوصول القبول اليهم . لان التعبير عن الارادة لا ينتج اثره وفقا للمادة 61 مدني جزائرى الا من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به مالم يقم الدليل على عكس ذلك . وعلى هذا النحو لا تثور بعد قيام العقد سوى المسوءولية العقدية اذا رفض الموجب تنفيذه .

وقد يرجع عدم قيام العقد الى رفض القبول لا الى سحب الايجاب . وشرعية رفض القبول كما هو معلوم، واضحة وضوح البديهية ولا تحتمل اى تدليل على حقيقتهما . لان العاقد حر في ان يرفض ما تقدم به الموجب، ولكن في غير حالات الاجبار القانوني على التعاقد التي تدعو اليه مصلحة الجماعة احيانا (4) .

---

(1) فرانسوا شابا ، الرسالة المشار اليها ، ص 182 وما بعدها .
(2) د . السنهورى ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، فقرة 104 .
(3) انظر في الأشخاص الذين يعتبرون في حالة ايجاب دائمة (د . محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق - ص) .
(4) انظر في هذه الحالات : ديران ، الاجبار القانوني على انشاء الرابطة العقدية ، المجلة الفصلية للقانون المدني 1944 ص 73 وما بعدها .

./.

اما اذا كان من وجه اليه الايجاب هو الذى استحدث الموجب في اصدار ايجابه ،كان يدعوه مثلا الى التعاقد ،فان رفضه يؤدى الى قيام المسؤولية التقصيرية اذا اقترن بخطا منه ،لانه يكون قد اخل بالثقة المشروعة التي ولدتها دعوته في نفس الموجب (1) اما اذا كانت طبيعة العقد او ظروفه ،لا تتطلب نوعا من هذه الثقة في ابرامه فان حرية الداعي الى التعاقد تبقى مطلقة ولو وجه ، اليه ايجاب كامل فله ان يرفضه دون ان يسال عن اسباب رفضه (2) .

8 - طبيعة المسؤولية المدنية في الفترة اللاحقة لانقضاء العقد :-

اذا كانت المسؤولية العقدية لا تتحقق الا بقيام العقد ،ولا مكان لوجودها قبل ابرامه ،فكذلك لا توجد بعد زواله . لانها تعتبر جزاء الاخلال بالالتزام التعاقدى الذى يفرضه العقد . وبناء عليه اذا زالت هذه الالتزامات، زال معها اتباعا وجود المسؤولية العقدية (3) . ومع ذلك يتشكك البعض في حقيقة المسؤولية المترتبة على افشاء العامل لاسرار صاحب العمل الصناعية والتجارية ،بعد انتهاء علاقة العمل بينهما خاصة اذا لم يكن هناك بند في العقد يحظر على العامل مثل هذا التصرف . ويذهبون الى اعتبار المسؤولية الناجمة في هذه الاحوال وما يشابهها هي من طبيعة تقصيرية ، مؤسسين وجهة نظرهم ،على المبادئ العامة للقانون التي تلزم العامل دائما في رايهم بعدم افشاء سر المهنة . ثم ان التمسك بالعقد في دعوى المسؤولية لا يعتبر على حد رايهم مصدرا للالتزامات بل يعتمد عليه فقط ، كواقعة مادية ، تجعل بعض مواقف الاشخاص غير مشروعة .

---

(1) مورال ،رفض التعاقد بسبب اعتبارات شخصية ، المجلة الفصلية للقانون المدني 1908 ص289ومابعدها

(2) فالور ،الاعتبار الشخصي في العقود ،رسالة باريس 1938 - ص 205 وما بعدها .

(3) مازو وتانك ، المسؤولية ، المرجع ، الجزء الاول ، فقرة 122 .

جوسران ،روح الحقوق وسببها ، الطبعة الثانية ،فقرات 149 وما بعدها .

د . حسن الخطيب ، الرسالة المشار اليها ،ص 342 .

./.

غير ان هذا الراى ،على ما ينطوى عليه من منطق في التحليل ،لا يقوى على النقد ،لانه لم يستطع الاحاطة بكل الالتزامات الناشئة عن عقد العمل على كاهل العامل . ذلك ان التزام العامل بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وفقا للمادة 2/107 من القانون المدني الجزائرى ،ياخذ في علاقة العمل مظهر خاصا لما يستدعيه من ثقة بين طرفيه ؛ والتي يكون للعامل بمقتضاها الامتناع عن كل ما من شأنه الاضرار بصاحب العمل ووجوب القيام بكل ما يؤدى الى حماية مصالحه . وهو الامر الذى يقتضي منه بالضرورة التزامه بالمحافظة على اسرار صاحب العمل اثناء التعاقد . بل وحتى بعد انتهاء العلاقة العقدية بينهما (1) .

وهذا التحليل ،يتطابق الى حد بعيد ،مع المادة 2/107 مدني ،التي تقضي بان العقد لا يقتصر على الزام المتعاقد فقط بما ورد فيه بل يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (2) . لذلك ،يكون افشاء اسرار المهنة من طرف العامل بعد انتهاء ،علاقة العمل ،اخلالا بهذا الالتزام - يبرر قيام المسؤولية العقدية للعامل وليس مسؤوليته التقصيرية (3) .

وذهب البعض الاخر كذلك الى ان مسؤولية بائع المحل التجارى الذى يفتح محلا مماثلا على مقربة منه ،لا يمكن ان تكون الا تقصيرية ما دام ان البيع لا يتضمن شرطا يمنعه من ذلك (4) .

---

(1) د . محمود جمال الدين زكي ،عقد العمل في القانون المصرى ،سنة 1956- ص208 وما بعدها .

(2) وهذه المادة تقابلها المادة 2/148 مدني مصرى والمادة 1135 مدني فرنسي .

(3) يلاحظ ان هذا الجدل الفقهي لا يثور في القانون المصرى الذى يلزم في المادة 685 قانون عمل بالاحتفاظ باسرار العمل الصناعية والتجارية ،حتى بعد انقضاء العقد .فاذا حصل اخلال من طرفه بهذه الالتزامات قامت في جانبه المسؤولية العقدية بدون ادنى شك (راجع د . محمود جمال الدين زكي ،المشكلات ،المرجع السابق ،ص

(4) بران ،الرسالة المشار اليها ،فقرة 331 .

غير ان هذا التحليل كسابقه، يتجاهل حقيقة الالتزامات الناشئة عن عقد البيع، والتي منها التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي ولو كان تعرضا ماديا . وهذا ما تفصح به المادة 371 مدني جزائري التي تقضي بانه" يضمن البائع عدم التعرض للمشترى في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله او من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشترى، ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل اليه هذا الحق من البائع نفسه" وعلى ضوء هذه المادة، يمكن القول بان فتح محل تجارى على مقربة من المحل المبيع، يعتبر تعرضا ماديا (1) وجب على البائع ان يضمنه، ويقم عليه المسؤولية التعاقدية وليس المسؤولية التقصيرية (2) .

9 - طبيعة المسؤولية في حالة التعسف في تنفيذ العقد او انهائه :-

يرى بعض الفقهاء، ان مسؤولية المتعاقد الذى يتعسف في تنفيذ العقد او انهائه هي دائما من طبيعة تقصيرية وذلك على اساس تطبيق لقاعدة عامة، مفادها ان التعسف في استعمال الحقوق العقدية، سواء في تنفيذه او تفسيره او انهائه لا يقم الا المسؤولية التقصيرية (3) وهو الحكم الذى ايدته محكمة النقض الفرنسية عندما قررت أن المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق، هي في كل الاحوال من طبيعة تقصيرية سواء لحق التعسف حقا ناشئا عن احد العقود او حقا خارج نطاق العلاقات التعاقدية (4) .

والواقع اننا لا نسلم بهذا الراى الذى يعتبر مسؤولية المتعسف دائما من طبيعة تقصيرية سواء في نطاق العقد او خارج نطاقه . لان المتعاقد المتعسف في تنفيذ العقد او انهائه، انما يكون قد تجاهل في حقيقة الامر، التزاماته العقدية

---

(1) د . عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، الجزء الرابع، عقد البيع، فقرة 330 .

(2) انظر في ضمان التعرض للمشترى الحكم الذى اصدرته محكمة النقض الفرنسية في تاريخ 8 مارس 1956، مجموعة احكام النقض، السنة 7، رقم 42 - ص 291 .

(3) مارسون، التعسف في استعمال الحق في مواد العقود، رسالة باريس 1935 ص 163 وما بعدها . فان راين ، الرسالة المشار اليها - فقرة 167 وما بعدها .

(4) راجع نقض مدني فرنسي ، 11 يونيو 1953، في دالوز 1953 - ص 661 وما بعدها .

./.

بقصد الاضرار بالمتعاقد الاخر او انه يرمي الحصول على فائدة تافهة بالنظر الى الضرر الذى سوف يلحقه او كان الغرض من تصرفه هذا هو الحصول على فائدة غير مشروعة - وفق تعبير المادة 41 من القانون المدني الجزائرى . وهو في كل هذه الاحوال يعتبر متجاهلا للالتزاماته العقدية عن عمد وبالتالي فهو من ناحية المنطق القانوني قد اخل بهذه الالتزامات ومن ثم لا يكون الاخلال الحاصل الا مقيما للمسوءولية التعاقدية . ويتحقق ذات الغرض بالنسبة للمدين الذى يتقاعس في تنفيذه للالتزامات العقدية التي على كاهله ، حيث يعتبر في راينا ، قد اخل ايضا بما يقضي به العقد في احد جوانبه ، ومن ثم لا تكون مسوءوليته عندئذ الا من طبيعة عقدية (1) .

وعلى كل حال ، يعتبر تعسف العاقد اخلالا بالتزامه ، لانه يتعين عليه وفقا للمادة 2/107 مدني جزائرى تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يستوجبه مبدأ حسن النية ، وهكذا فان التعسف في تنفيذ العقد او انهائه ، لا يقم الا المسوءولية العقدية وليس كما يدعي البعض في فرنسا بتاييد من محكمة النقض هناك ، من ان مسوءولية العاقد المتعسف في تنفيذ او في انهاء الالتزام العقدى هي من طبيعة تقصيرية - ظنا منهم ان الضرر المتولد عن التعسف كان ناشئا عن واقعة التنفيذ ذاتها حين ان من الشروط الضرورية لقيام المسوءولية العقدية هي ان يكون الضرر نتيجة لعدم تنفيذ العقد . ولقد راينا ما في هذا الراى من مغالطة ، ذلك ان التعسف لا يقع نتيجة التنفيذ - كما يرى هوءلاء - (2) بل يتحقق في واقع الامر عن الاخلال بالتنفيذ والذى يعتبر ، في الراجح - شرطا اساسيا ولازما لقيام المسوءولية العقدية .

---

(1) راجع على الاخص هوبرى دى لاماسو ، في مقاله المنشور في المجلة الفصلية للقانون المدني 1948 ، بعنوان المسوءولية العقدية والمسوءولية التقصيرية تحت فكرة التعسف في استعمال الحق ، ص 27 وما بعدها . . .
وكذلك حكم لمحكمة النقض الفرنسية ، الصادر بتاريخ 1929/03/18 في جازيت دى باليه 1929 ، 1 ، 800 .

(2) مازو وتانك ، المسوءولية ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، فقرة 122 .

./.

10 ـ طبيعة مسؤولية المتعاقد في حالة تمديد العقد :-

وتمديد العقد ، قد يكون باتفاق الاطراف، او على العكس، يقع بدون تدخل ارادة العاقدين فيه . كان يمتد العقد مثلا بمقتضى نص قانوني آمر او عندما تحل وضعية قانونية محل الوضعية التعاقدية كما هي الحال عليه في القانون الفرنسي الصادر في 1948/09/01 الذى ينظم بقاء المستاجرين في المحال المأجورة وكذلك ما نصت عليه المادة 514 مدني جزائرى وما بعدها .

والملاحظ، انه لا تثور مشكلة في تحديد طبيعة المسؤولية المدنية في حالة عدم تنفيذ الالتزام الناشيء من العقد الممتد اتفاقا بين الاطراف. فمسؤولية المخل في هذه الحالة هي دون ادنى شك من طبيعة عقدية .

ولكن الامر على خلاف، عندما يستبقى على العقد بمقتضى نص قانوني آمر، او حالة احلال الوضعية القانونية محل الوضعية التعاقدية . فهنا يفضل بعض الفقهاء اخضاع الضرر الحاصل في هذه الفترة الى القواعد العمومية للمسؤولية التقصيرية (1) .

المبحث الثاني : في العلاقة التعاقدية .

لا تثور صعوبة بالنسبة لتكييف طبيعة المسؤولية عندما يعزى الاخلال بالالتزام العقدى الى فعل العاقد نفسه . لان الضرر الحاصل من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، لا يمكن تعويضه الا وفقا لقواعد المسؤولية العقدية، ولان اثار العقد وفقا للمادة 108 مدني جزائرى يقتصر في الاصل على طرفيه (الاثر النسبي للعقد) .

ولكن الامر لا يبدو دائما على هذا النحو من البساطة خاصة عندما لا تكون هذه العلاقة التعاقدية مباشرة بين المسؤول والمضرور . وهنا تبدو مسالة تكييف طبيعة المسؤولية المدنية على قدر كبير من الاهمية، خاصة عندما توكل عملية تنفيذ

---

(1) رود بيير، في موسوعة دالوز، القانون المدني ، 5 ، المسؤولية المدنية ، رقم3 58 .

./.

العقد الى شخص اخر غير المتعاقد ،كان يحل هذا الغير محله كليا او جزئيا في تنفيذ العقد وهذه المسالة تثيرها فكرة المسوءولية التعاقدية عن فعل الغير (راجع المادة 2/178 مدني جزائري) وكذلك في حالة اشتراك الغير مع المتعاقد في الاخلال بالعقد واخيرا تظهر اهمية الموضوع في الاحوال التي يتضرر فيها خلف احد العاقدين من عملية عدم التنفيذ ذاتها .

اولا - طبيعة مسوءولية المتعاقد عن فعل غيره :-

أ) في وجود المسوءولية التعاقدية عن فعل الغير :-

تظهر هذه الحالة، خاصة عند ما يكلف فيها المتعاقد شخصا من الغير ليقوم مقامه في تنفيذ العقد كليا او جزئيا . وهذه الوضعية بطبيعة الحال ، تختلف كما سبق ان راينا -عن تلك التي تثيرها المسوءولية التقصيرية عن فعل الغير والتي لا يكون فيها الطرف المسوءول مدنيا ، قد قام بابرام اي عقد بينه وبين ضحية الضرر . وعليه ، يمكن القول ، بانه اذا قام عقد بين المسوءول مدنيا والمضرور ، تحتم في حالة التنفيذ المعيب للالتزام ، او الاخلال به من طرف الغير ، الذي كلفه العاقد بذلك ، نطبق قواعد المسوءولية التعاقدية عن فعل الغير .

والاصل ان المتعاقد لا يسال عن عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي الذي لا ينسب اليه شخصيا ، وانما نسب الى الغير ، دون ان يطلب منه تدخل ودون ان تطلب منه مساعدة في تنفيذ العقد .

غير ان هذا الاصل ، ترد عليه بعض الاستثناءات والتي مفادها ان المتعاقد يسال احيانا عن عدم تنفيذ العقد حتى ولو رجع سبب الاخلال الى فعل الغير ولكن شريطة ان يقوم الدليل في مواجهة المتعاقد ، على قصوره في بذل العناية المطلوبة التي من شانها منع التدخل من طرف الاغيار للحيلولة دون وقوع الضرر . وهذا ما يمكن استخلاصه من المادة 592 مدني جزائري والمتعلقة بالوديعة باجر ، التي تقضي "اذا كانت الوديعة باجر فيجب دوما ان يبذل في حفظها عناية الرجل المعتاد" .

والظاهر ان هناك نصوص كثيرة، في القانون المدني الفرنسي (1) والقانون المدني الجزائري، تقضي بالمسوءولية التعاقدية للمدين، عن افعال الغير، حتى في الاحوال التي لا يستطيع فيها المدين، منع تدخل الاغيار المتسببين في احداث الضرر. فالمادة 599 مدني جزائري، تقيم على كاهل صاحب الفندق المسوءولية التعاقدية، ليس فقط بالنسبة للافعال الضارة لتابعيهم ولكن ايضا بالنسبة لكل الافعال الضارة التي تقع من احد الاجانب المتواجدين في الفندق والمترددين عليه. حيث تنص فقرتها الثانية على ما يلي " وكذلك يكونون مسوءولين سواء عن السرقة او الضرر الذى لحق امتعة المسافرين والنزلاء او السرقة التي تقع بسبب تابعيهم او بسبب المترددين على الفندق" (2).

ولقد تقرر ذات الحكم في القانون المدني الفرنسي بالنسبة لمسوءولية الناقلين عن الاضرار التي تصيب المسافرين من جراء افعال الغير، بحيث تقرر اخضاعهم وفقا لنص المادة 1782 مدني فرنسي لقواعد المسوءولية العقدية.

هذا ويتشكك البعض في سلامة الراى القائل بوجود مسوءولية تعاقدية عن فعل الغير (3) لان المتعاقد في مثل هذه الاحوال يكون قد ارتكب على حد رايهم خطا شخصيا حتى ولو حل محله شخص اخر بديل عنه في تنفيذ العقد عندما يكون مثل هذا الحلول جائزا قانونا ويرجع السبب في ذلك، الى ان العاقد يعتبر في نظر القانون اساء اختيار هذا البديل او تهاون في مراقبة سير عملية تنفيذ العقد ذاتها. اما في الاحوال الاخرى، التي قرر فيها القانون مسوءولية

---

(1) ومن تطبيقات المسوءولية التعاقدية عن فعل الغير في ظل القانون المدني الفرنسي يمكن ان نذكر على سبيل المثال المادة 1245 والمادة 1797 والمادة 1994، والمادة 1735.

(2) راجع المادة 1953 من القانون المدني الفرنسي.

(3) روديير، هل توجد مسوءولية تعاقدية عن فعل الغير؟ في دالوز 1952، 79.

المتعاقد عن فعل بعض الاشخاص. على الرغم من عدم ثبوت خطا في مسلكه، فهي في الحقيقة امر يتعلق اساسا " بمياكانيسم" الضمان التعاقدى عن فعل الغير.

لكن هذا الراى، لا يحظى بتاييد الاجماع في الفقه الفرنسي، الذى يقطع بوجود مبدا عام للمسؤولية التعاقدية عن فعل الغير. وهو ما تقرر عندنا في ظل القانون المدني الجزائرى في المادة 2/178 التي تنص على انه "يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من اية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، الا ما ينشأ عن غشه او عن خطئه الجسيم غير انه يجوز للمدين ان يشترط اعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش او الخطأ الجسيم الذى يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

والظاهر من هذا النص ان المشرع الجزائرى يقر ولو بطريق غير مباشر اعترافه بوجود مسؤولية تعاقدية عن فعل الغير.

ب) النظام القانوني للمسؤولية التعاقدية عن فعل الغير :-

يتضح مما سبق انه لما كان الراى الغالب يقطع بوجود نظام قانوني خاص بالمسؤولية التعاقدية عن فعل الغير، فانه ينبغي تسليط الضوء على جوانبه المختلفة، بمحاولة بيان الاساس الذى يستند اليه، قصد تحديد نطاقه ورسم حدوده.

وغني عن البيان، ان القواعد الخاصة بالمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير والمنصوص عليها في المواد 134 مدني جزائرى وما بعدها، لا تجد تطبيقها في نطاقه كمسؤولية المتبوع عن افعال تابعه ومسؤولية متولي الرقابة (1).

هذا ولقد ثار بالنسبة لاساس هذا النوع من المسؤولية، كما ثار بالنسبة لوجودها او عدم وجودها، انقسام في الراى بين الفقهاء الذين لم تتوحد

---

(1) المجلة الفصلية للقانون المدني، 1914 - ص 251 وما بعدها.

./.

كلمتهم على حل واحد . وهذا الاختلاف في الراى، في تصور البعض، كان يرجع الى كثرة القضايا وتنوعها المعروضة على القضاء والتي اثارت فروضا قانونية مختلفة فمنها ما كان يسهل فيها على القضاة ان ينسبوا اخطاء في جانب المسؤولين مدنيا، كتلك التي يقصر فيها المتعاقد بالفعل في اختيار الغير المكلف بالتنفيذ او كتلك التي يظهر فيها المتعاقد تقصيرا ملحوظا او تهاونا ظاهرا في مراقبته . ولكن احيانا، تحدث فروض معقدة جدا كان يصعب فيها على القضاة اثبات خطـا ما في مسلك العاقد. المسؤول عن فعل الغير . ومع ذلك يجعلونه مسؤولا عن الاضرار التي يتسبب فيها هذا الغير . والظاهر ان الاحكام الصادرة في هذا الشأن تتاسس في حقيقة الامر على الفكرة التي تجعل المتعاقد مسؤولا بالضرورة بالضرورة عن خطا البديل الذى كلفه بتنفيذ العقد، كما لم تكن تجيز له، التذرع بحجة ان البديل المخطيء في تنفيذ العقد كان من الغير الذين لا يسأل عنهم . واية ذلك، ان البديل وفقا لهذا الراى لا يعد من الناحية القانونية او الفعلية من الاغيار - لتطبق في مواجهته عند الاخلال بالعقد - القواعد الخاصة بالمسؤولية الشخصية، الا ان البعض الاخر، يقترح في نفس هذا المتجه، حلولا تتلخص في انه عندما يوكل تنفيذ العقد لتابع رب العمل مثلا فان العقد يعتبر في نظرهم من الناحية القانونية منفذا من طرف رب العمل ذاته تطبيقا لفكرة النيابة او التمثيل (1) .

والواقع ان هذا الراى على الرغم من سلامة النتائج التي يحققها، يؤدى من ناحية المنطق القانوني الى هدم الاساس الذى تقوم عليه المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير . بل يجعل من هذا النظام التعاقدى عن فعل الغير، فكرة مشوبة بالتناقض وتؤدى في جملتها معنى المسؤولية الشخصية .

اما في الاحوال التي يتم فيها تنفيذ العقد، بواسطة وكيل بدل المتعاقد الاصلي او تم التنفيذ بواسطة متعاقد من الباطن، يقرر اصحاب هذا الراى - بان طبيعة العقد هنا - تجعل المتعاقد الاصلي ضامنا لكل الافعال الضارة التي تعرقل سير التنفيذ من طرف بدلائه .

---

(1) راجع مازو وتانك، المسؤولية، المرجع السابق، الجزء الاول، رقم 992 .

./.

وترتيبا على ما سبق ، يتجلى بأن النظام التعاقدى عن فعل الغير يشبه الى حد كبير النظام العام للمسوءولية العقدية وعليه اذا حصل خطأ من شخص اجنبي عن تنفيذ الالتزامات، فلا تقوم مسوءوليته الا في الحقل التقصيرى ، وبالقياس لا يجوز للمضرور ان يقاضي البديل عن المتعاقد الاصلي في التنفيذ الا وفقا لقواعد المسوءولية التقصيرية ولكن شريطة الا يكون ثمة بين المتعاقد الاصلي البديل عقد بينهما (1) . لانه في هذه الحالة الاخيرة يستطيع ان يحتج في مواجهة المدين الاصلي بالمسوءولية التعاقدية عن فعل الغير . هذا وتجدر الاشارة الى ان البديل سوف يحتفظ بحقه في الاحتجاج ضد المضرور طالب التعويض، بالشروط الخاصة بمسوءولية المتعاقد الاصلي التي يكون هذا الاخير قد ادرجها في العقد (2) .

وخلاصة القول ، هي ان المدين من حيث الاصل لا يسأل عن فعل غيره اذا توافرت في فعل هذا الغير صفات السبب الاجنبي (راجع المادة 127 مدني جزائرى) .

لكن هذا المدين ، يسال عن خطا الاشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته العقدية . وهذا ما يستفاد من المادة 2/178 ويسال المدين على هذا النحو كلما كان هناك احلال قانوني او اتفاقي لشخص اخر محل المدين الاصلي في تنفيذ العقد .

واخيرا يمكن القول ، بان النظريات التي حاولت رد اساسها الى فكرة النيابة او الضمان او سوء الاختيار هي في الحقيقة نظريات غير كافية ، وخير اساس في نظرنا لهذا النوع من المسوءولية هو القانون ذاته ، وفقا للمادة 2/178 مدني جزائرى والمواد الاخرى المتناثرة هنا وهناك فيه (3) .

---

(1) نقض مدني فرنسي ، 20 اكتوبر 1946 جيريس كلا سور الدورى ، 46 ، 2 ، 3348 .
(2) نقض مدني فرنسي ، 1 ، 6 جانفي 1935 النشرة المدنية ، 1 ، رقم 1 - ص1 .
(3) راجع د . محمد حسنين ، محاضرات في نظرية الالتزام 1981 - 1982 - ص 105 وما بعدها .

./.

2 - طبيعة مسؤولية الغير الشريك في الاخلال بالعقد (1) :-

قد يشترك الغير مع العاقد في الاخلال بالعقد ،فتترتب على ذلك اضرار بالنسبة للمتعاقد الاخر . واذا كانت مسؤولية العاقد عن مثل هذا الاخلال العقدى هي دون ادنى شك عقدية ،فان البحث قد ثار حول طبيعة مسؤولية شريكه الذى لم يكن طرفا في العقد .

وقد راى البعض، قديما تفسيرا لمضمون المادة 1165 من المجموعة المدنية الفرنسية ،ان مبدأ نسبية اثر العقد ،يمنع من قيام مسؤولية خاصة على كاهل الغير الذى اسهم بخطئه مع العاقد في عدم تنفيذ العقد . بل تعتبر مسؤوليته في مثل هذه الاحوال مسؤولية مستعارة تجرى على نسق مسؤولية المدين الاصلي . وذلك قياسا على نظرية الاشتراك التي سادت في القانون الجنائي الفرنسي الذى كان يعتبر الشريك مستعيرا للصفة الاجرامية للفاعل الاصلي .

والواقع ان هذه الفكرة ليست جديرة بالاتباع ،فتكفي تبعيتها للقانون الجنائي لاستبعادها كليه في ظل القانون المدني ،الذى تبدو غايته مختلفة عن غاية القانون الجنائي . فالعقوبة التي يعرفها هذا الاخير ،تقتضي منه تحديدا دقيقا للجرائم وتضييقا في تفسيرها صونا لحريات الافراد في المجتمع . اما غرض القانون المدني ،فهو التعويض ومن ثم يجب ان تكون المسائلة المدنية ،اكثر اتساعا وسمة هدفا لاعادة التوازن المالي الذى يكون قد اختل بسبب تحقق الضرر .

وهكذا نرى بان فكرة استعارة الشريك للمسؤولية العقدية للمدين الاصلي لا تقوى على ايسر النقد ،ولا صحة للقول تاكيدا لها بان الواقعة الواحدة اذا شكلت في نفس الوقت جريمة جنائية وجنحة مدنية ،تعتبر ذات الاشخاص شركاء على الصعيدين الجنائي والمدني في ان ،اذ لا مانع من الحكم بالتعويض مدنيا على شخص ثبتت براءته جنائيا من تهمة الاشتراك في الجريمة ،متى نسب اليه اهمال ادى الى تحقق الضرر .

---

(1) هيجني ، المسؤولية المدنية للغير الشريك في مخالفة التزام عقدى ،رسالة ديجون ، 1910 ،ص 244 وما بعدها .

بوريس ستارك ،العقود المبرمة اخلالا بالحقوق العقدية للغير ،في مجلة الاسبوع القانوني 1954 ،1 ،1180 .

./.

وهـذه الاعتبارات السالفة، هي التي حالت دون التعلق بهذا الراى - فعزف عنه الفقه المعاصر، مؤيدا بالقضاء، خاصة بعد الشروح الوافية التي اثيرت بشأن مبدأ نسبية اثر العقود (1) .

ويحاول البعض الاخر تفسير طبيعة مسؤولية الشريك الذى يساعد العاقد على عدم تنفيذ العقد، على اساس نظام المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير فيقررون ان مسؤولية الغير الذى يشترك مع العاقد في الاخلال بالعقد، ليست سوى ضربا من ضروب المسؤولية العقدية عن فعل الغير وهي مسؤولية لا تختلف عن مسؤولية العاقد نفسه، لانه متى قام هذا الغير، بعد علمه بالعقد، لمساعدة العاقد على الاخلال به، فان هذا الشريك يكون قد انضم اليه - وهي الحالة التي ينشا عنها تصرف لاحق من طرفه après acte يلزم صاحبه ويقيم عليه على غرار العاقد الاصلي المسؤولية التعاقدية (2) وجدير بالذكر انه اذا كانت مسؤولية الشريك على هذا النحو عقدية، كمسؤولية المدين ذاته، فهي تعتبر اضيق نطاقا من مسؤولية هذا الاخير لانها لا تقوم - في راى هؤلاء الا اذا كان الشريك سيء النية اى عالما بالعقد (

غير ان هذا الراى كسابقه، لم يستقم شانه، واضحى من ناحية المنطق القانوني عرضة لاعنف الانتقادات. ذلك انه يتعارض مع ما تقضي به المسؤولية العقدية التي يشترط لقيامها بالبداهة، وجود عقد بين المسؤول والمضرور في حين ان الشريك في الاخلال بالعقد لم يكن طرفا فيه . فضلا عن ان فكرة التصرف اللاحق التي يقترحها البعض، ليس فيها شيء من مقومات العقد اطلاقا، لان الشريك الذى اقدم - متعمدا - الى هدم بنائه، لا يمكن ان يوصف تصرفه هذا، على اساس انه انضمام الى العقد، او انه اصبح متعاقدا، فالحقيقة هي ان هذا الغير الذى يثور على النظام

---

(1) وايل، نسبية الاتفاقات في القانون الخاص، رسالة سترسبورج 1939 فقرات 245 ومابعدها .
(2) راجع دموج، المرجع السابق، الجزء السابع، فقرة 1177 .

التعاقدى كما يعبر عنه بحق الفقيه" وايل" هو "عاقد غريب" (1) وعليه لا يمكن اعتباره والحال كذلك ، سوى مرتكبا لخطأ تقصيرى يقيم مسؤوليته التقصيرية وفقا للمادة 124 من القانون المدني .

ويبنى على ما تقدم، ان من يساهم في الاخلال بالعقد وهو عالم به، يكون قد ارتكب خطأ تقصيريا ، يلزمه بالتعويض وفقا للقواعد العمومية للمسؤولية التقصيرية (2) لان الحق الشخصي الذى يمكن تصوره في العلاقة القانونية بين الدائن والمدين طرفي العقد يعتبر ايضا عنصرا في الذمة المالية، ويجب من ثم على الكافة احترامه . وعليه يكون الشريك الذى يعلم بهذا الحق ، ولم يحترمه مقترفا لخطأ يقيم مسؤوليته التقصيرية ، لان الشخص من حيث الاصل ، لا يمكن ان يصبح متعاقدا الا اذا كان طرفا في العلاقة العقدية او مستفيدا من اشتراط لمصلحته (3) وفقا للمادة 116 مدني ومن المؤكد هنا ، انه ليس هناك اى تعارض بين نسبية اثر العقد والزام الغير وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ، بتعويض الضرر الذى نزل بالدائن نتيجة اشتراكه مع المدين في الاخلال ، لان الغير لا يسأل بدعوى ناشئة عن العقد ، تطبيقا لفكرة الاثر العقدى الذى يجب ان يقتصر على طرفيه ، ولكن يسأل بدعوى مؤسسة على الخطأ التقصيرى الذى اتاه مع المدين في الاخلال بالعقد . واذن فان العلاقة القانونية بين الغير والدائن المتضرر نشأت في الحقيقة من هذا الفعل غير المشروع .

ومن اظهر حالات مسؤولية الشريك ، شيوعا في الحياة العملية تلك التي يرغب فيها رب العمل مثلا في توظيف شخص يعلم انه يعمل لحساب مؤسسة اخرى فيبذل مستطاعه لتحريضه على التحلل من العقد الذى يكون العامل قد ارتبط به مع المؤسسة التي لا زال يزاول فيها نشاطه ، فرب العمل هنا ، يعتبر في الحقيقة

---

(1) وايل ، الرسالة المشار اليها ، فقرة 247 .
(2) مازو وتانك ، المسؤولية ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، فقرة 114 .
- وايل ، الرسالة المشار اليها ، فقرات 231 وما بعدها .
(3) جويل ، اثار التصرفات القانونية بالنسبة للغير ، رسالة ليل ، 1904 - ص167 وما بعدها .

من الغير، الذى يشارك المتعاقد (العامل) في عدم تنفيذ العقد (1) .

وعلى العموم، يمكن ان نصل الى النتيجة التالية وهي ان المضرور، في حالة اشتراك الغير مع المدين، في الاخلال بالعقد، تنشأ له دعويان الاولى عقدية ضد العاقد في الجزء الذى اخل به والثانية تقصيرية ضد الشريك الذى اسهم مع المدين في عدم تنفيذ العقد . وهما دعويان مختلفتان من حيث الطبيعة والاثر .

واذا كانت مسؤولية الشريك على هذا النحو تقصيرية فلا اهمية للبحث فيما اذا كانت تتاسس مباشرة على المادة 124 مدني جزائرى ام تعتبر تطبيقا من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق والوارد عندنا في المادة 41 مدني جزائرى . والظاهر ان جمهور الفقهاء في فرنسا يؤسسون مسؤولية الشريك مباشرة على المادة 1382 مدني فرنسي وهي المادة المقابلة لنص المادة 124، المشار اليها اعلاه، حيث يعتبرون في الاعتداء على حق الغير مع العلم به، خطأ مهما كان مصدر هذا الحق، فسواء نشأ عن العقد او كان يقضي به القانون ذاته (2) .

3 - طبيعة المسؤولية في حالة اصابة خلف احد العاقدين بضرر :-

ان المشكل هنا، لا يثور بالنسبة لصفة المدعي، بل يتعلق اساسا بنظام دعوى المسؤولية . والمسؤولية المدنية لا تكون عقدية - في الاصل الا اذا نزل الضرر بالمتعاقد اواصاب احد خلفائه . ويرى البعض ان سبب تحقق المسؤولية التعاقدية للخلف، يرجع الى ان الخلف يمكن ان يتظاهر بصفته دائنا للالتزام التعاقدى .

---

(1) جوريس ستارك في جيريس كلاسور الدورى 1954، 1، 1180 .
(2) لاكور، في تعليقه على نقض مدني فرنسي، 8/نوفمبر/1904، دالوز 1906، 1، 489 .
استئناف باريس 24/11/1904 في سيرى 1905، 2، 284 .
محكمة ديجون، 30/06/1937 في جيريس كلاسور الدورى، 1937، 2، 470 .

./.

والنتيجة المنطقية التي يمكن الركون اليها . انطلاقا من هذه الحقيقة، هي انه في كل مرة، يتضرر شخص من عدم تنفيذ العقد ولا يتقدم بصفته خلفا لاحد العاقدين، لا يمكن من حيث المبدأ، الاحتجاج بقواعد المسؤولية العقدية وان كان له ان يحتج بقواعد المسؤولية التقصيرية . لان العقد لا يلزم الا اطرافه او خلفيهما وذلك تطبيقا لفكرة نسبية اثار العقد والمكرسة عندنا في المادة 108 من القانون المدني الجزائرى .

ويتحقق ذلك بالنسبة للورثة في عقد النقل . حيث تقرر في القضاء الفرنسي ان ورثة المسافر الذى هلك في حادثة نقل، تنشأ لهم دعويان الاولى يستطيعون رفعها على اساس ما يكون قد اصابهم من اضرار شخصية بسبب وفاة عزيزهم وهي من طبيعة تقصيرية واما الثانية، فيقيمونها على اساس الاشتراط لمصلحة الغير وهي من طبيعة عقدية .

اما بالنسبة للغير، الذى يتضرر نتيجة استعمال الالة، فانه تنشأ له دعويان الاولى يقيمها ضد الصانع والثانية ضد البائع وهما دعويان من طبيعة واحدة اى من طبيعة عقدية .

هذا ولقد اخضعت محكمة النقض الفرنسية، مسؤولية المستاجرين فيما بينهم - حتى ولو كانت هذه المسؤولية ناشئة عن اخلال احدهم بالتزاماته التعاقدية الى النظام التقصيرى وذلك تاسيسا على الفكرة التي تقضي بان الخطأ المرتكب في تنفيذ العقد يعتبر في ذات الوقت ipso facto خطا تقصيريا يبرر قيام المسؤولية التقصيرية في مواجهة الاغيار (1) .

ولقد تقرر ذات الحكم، بالنسبة للمتعاقد الذى يبدد اموال الطرف الثاني، اى مساءلته على الصعيد التقصيرى حتى ولو كانت مثل هذه الاموال مشمولة بالعقد القائم بينهما (2) .

---

(1) نقض مدني فرنسي، 3، 30 ماى 1969 جيريس كلاسور الدورى، 1970، 2، 16443 .

(2) نقض مدني فرنسي، 1، 15 ديسمبر 1969 النشرة المدنية، 1، رقم 367 - ص 293 . وكذلك المجلة الفصلية لقانون المدني، 1971 - ص 142 وما بعدها .

./.

ولكنه من ناحية اخرى ،وفي فروض محدودة ، نلاحظ بان بعض الاشخاص هم في الحقيقة من الاغيار ومع ذلك يستطيعون الاحتجاج بالمسؤولية العقدية عن الاضرار الشخصية التي تنزل بهم ومن هؤلاء ، ورثة المتعاقد والخلف الخاص والدائنون العاديون والمستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير .

أ) نظام دعوى المسؤولية التي يرفعها الورثة ضد المسؤول :-

اذا هلك المتعاقد ،بسبب عدم تنفيذ الطرف الثاني للعقد ،فان لورثة الهالك الحق في مباشرة دعوى التعويض ضد المسؤول عن الضرر الذى نزل بمورثهم على اساس المسؤولية العقدية (1) مع مراعاة الاستثناء الذى سبقت الاشارة اليه والمتعلق بورثة الهالك في عقد النقل والدين يستطيعون من ناحية اخرى المطالبة بالتعويض تاسيسا على المادة 1384 مدني فرنسي . كما انهم يستطيعون البقاء في الحقل التعاقدى والمطالبة بالتعويضات على اساس اخلال الناقل بالتزامه التعاقدى في سلامة المورث ويكون لهم من ناحية اخرى ايضا الحق في المطالبة بالتعويض عن الاضرار الشخصية التي اصابتهم في النطاق التعاقدى وذلك على اساس الاشتراط لمصلحة الغير الذى يفترض انه ضرب لمصلحتهم من طرف الهالك او يؤسسون دعواهم على نص المادة 1384 مدني فرنسي (2) .

وهكذا يلاحظ ان كل دعوى تختلف في الاساس الذى تقوم عليه عن الاخرى ولو نشأتا عن واقعة واحدة ،وهي خطأ المسؤول . فقد تختلف طبيعة الخطأ في الدعوى التي يرفعها الورثة باعتبارهم خلفاء ،عنها في الدعوى التي يرفعونها باسمهم خاصة .

---

(1) مارتين ، الرسالة المشار اليها - ص 97 وما بعدها .
بران ، الرسالة المشار اليها - فقرة 316 و 318 .
نقض مدني فرنسي ، 5 جانفي 1961 ، مجلة الاسبوع القانوني 1961 ، 2 ، 1979 .

(2) راجع على الخصوص قضية" لاموريسيار" في جيريس كلاسور الدورى ، 51 ، 2 ، 6426 ، وتعليق الفقيه" بيكي " .
نقض تجارى ، 19/06/1951 ، في دالوز ، 1951 ، 717 ، تعليق الفقيه" ريبير" .

./.

ففي الحالة الاولى يكون خطأ المسؤول عقديا يبرر قيام المسؤولية العقدية وفي الحالة الثانية خطأ تقصيريا يبرر قيام المسؤولية التقصيرية . وهكذا تظل كل دعوى مستقلة عن الاخرى (1) من حيث تقادم كل منهما او من حيث حجية الامر المقضي به بل ويستطيع الشخص الواحد اخيرا ان يجمع بين الدعويين اى يرفعهما في وقت واحد او يرفع احداهما بعد الاخرى (2) .

ب) الخلف الخاص :-

من الناحية المبدئية يلاحظ ان الخلف الخاص (المادة 109 مدني جزائرى) في حقيقة الامر يعد اجنبيا عن العقد وهو بهذه الصفة لا يكون بوسعه من حيث الاصل ، المطالبة بالدعوى العقدية عن الاضرار الحاصلة ، بسبب عدم تنفيذ العقد وان كان بمقدوره الاحتجاج بالقواعد التقصيرية وفقا للقواعد العامة .

ولكن هذا الخلف الخاص، يستطيع اذا راى في تمسكه بالمسؤولية العقدية ، ما يحقق مصلحته ، ان يتحلل من صفته الاصلية (اى صفة الغير) ويستند الى النظام التعاقدى في مطالبته التعويض، اما عن طريق الدعوى غير المباشرة استنادا الى المادة 189 مدني جزائرى واما عن طريق استعمال دعوى الاشتراط لمصلحة الغير التي قررها المتعاقد لفائدته وفقا للمادة 116 مدني جزائرى .

والواقع ان ليس في هذا ما يتعارض مع نسبية اثر العقد ، التي تفيد ان العقد لا ينصرف الى العاقدين فحسب بل ان اثاره تنصرف الى العاقدين والى خلفهما العام (المادة 108 مدني جزائرى) وخلفهما الخاص (المادة 109 مدني جزائرى) لان الخلف سواء كان عاما او خاصا فهو لا يعد من الغير للقول بأن اثار العقد ونتائجه القانونية لا تنصرف اليه (3) وهكذا يمكن التقرير بان اثار العقد كما تنصرف الى طرفي العقد ، تنصرف

---

(1) راجع مقال الاستاذ سافانية منشور في المجلة الفصلية للقانون المدني ، سنة 1938 ، بعنوان "الضرر المميت ونتائجه من وجهة نظر المسؤولية المدنية ، ص 187 .
(2) وكذلك مقال هنرى مازو ، في المجلة الفصلية للقانون المدني 1959 ، رقم 3 - ص 314 .
(3) د . تناغو ، نظرية الالتزام ، طبعة 1975 فقرتا 99 ، 100 وصفحة 109 وما بعدها .

./.

ايضا الى الخلف العام لكل منهما ، مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث (م108 / مدني جزائرى) والخلف الخاص لكل منهما (م 109 مدني جزائرى) .

وعليه اذا طالب الخلف عاما كان او خاصا في الحدود التي يسمح بها القانون لهما ، بتنفيذ التزام ناشيء عن العقد او بتعويض عن عدم تنفيذه ، او طالبه العاقد الاخر بهذا التعويض او ذاك التنفيذ ، كان قواعد المسوءولية العقدية هي واجبة التطبيق لان هذه الدعوى او تلك تقع في دائرة الاثر الملزم للعقد اى كما لو كانت هذه الدعوى مرفوعة بين طرفيه (1) .

ومن امثلة ذلك ما نلاحظه بالنسبة للشخص الذى اكتسب مالاً تنازل عنه شخص اخر ، ففي هذا الفرض يكون لمكتسب المال ، الحق في الاستفادة من كل العقود التي يكون المتنازل قد ابرمها مع الغير على هذا المال . وعليه يحق لمكتسب العقار مثلا وفقا للمادة 1743 مدني فرنسي ان يحتج بالدعوى العقدية ضد المستاجرين بما يكون عليهم من حقوق لصالح شخص المتنازل . وعلى العكس يكون
المؤجر بالقدر الذي يكون بذمته للمستاجر الاصلي وذلك في الوقت
المستاجر الفرعي وفقا للمادة 507 مدني جزائرى ملتزما مباشرة تجاه الذي انذره المؤجر
ومعنى ذلك ان المؤجر وفقا لهذا النص يحق له ان يحتج بالدعوى العقدية ضد المستاجر الفرعي بنفس القدر الذى يكون له تجاه المستاجر الفرعي بنفس القدر الذى يكون له تجاه المستاجر الاصلي (2) .

---

(1) مازو وتانك ـ المسوءولية ـ المرجع السابق ـ الجزء الاول ـ فقرة 138 .
د . محمود جمال الدين زكي ـ مشكلات ، المرجع السابق ـ فقرة 37 ـ ص 180 .

(2) وهناك امثلة كثيرة من هذا القبيل ، راجع المادة 19 من القانون الفرنسي الصادر في 1930/07/13 بالنسبة لمكتسب" مال مضمون" . . . . .
وهناك امثلة اخرى خاصة بمكتسب المحل التجارى ، والمكتسب من الباطن .

وعلى العموم، يكون للشخص الذى حل محل الدائن في التعويض الذى ترتب عن الاضرار التي اصابت المتعاقد الاصلي من جراء عدم تنفيذ العقد، دعوى عقدية ضد المسؤول على غرار ما تثبت للدائن والمنصوص عليها في المادة 262 مدني جزائرى (الحلول الاتفاقي) .

ومما يؤكد ذلك ما نصت عليه المادة 264 مدني جزائرى" من حل محل الدائن قانونا او اتفاقا كان له بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع ومايكلفه من تامينات، وما يرد عليه من دفوع ويكون هذا الحلول بالقدر الذى اداه من ماله من حل محل الدائن" .

جـ) الدائنون الماديون :

ينبغي التذكير في هذه الحالة، انه اذا كان للدائنين الماديين الحق في الاحتجاج، بما يكون قد اصابهم من اضرار شخصية، نتيجة لعدم تنفيذ العقد، فانهم لا يستطيعون من حيث الاصل، ان يطالبوا المسؤول مباشرة عن مثل هذه الاضرار الشخصية الا وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية (1) وذلك لانهم يعتبرون في وضعية الاغيار ولا علاقة لهم من الناحية المبدئية بالمسؤول عن الضرر .

ومع ذلك يستطيعون احيانا الاحتجاج بالقواعد العقدية، بطريقة غير مباشرة اما باستعمالهم الدعوى غير المباشرة والتي يكون لهم بموجبها الحق في المطالبة باصلاح الضرر الذى اصاب مدينهم الذى تماطل او تقاعس في المطالبة بالتعويض المستحق عنه وان من شأن موقفه هذا ان يسبب عسره او ان يزيد فيه . وهذا ما يستفاد من المادة 189/1 مدني التي تقضي بان" لكل دائن ولو لم يحل اجل دينه ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، الا ما كان منها خاصا بشخصه، او غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا اثبت ان المدين امسك عن استعمال هذه الحقوق وان هذا الامساك من شانه ان يسبب عسره او ان يزيد فيه" .

---

(1) مازو وتانك، المسؤولية، المرجع السابق، الجزء الاول، فقرة 277 .

./.

كما انهم يستطيعون الاحتجاج بالقواعد العقدية بطريقة مباشرة حين يقررها القانون لهم .

وهكذا لا يختلف وضع الدائن عن وضع الخلف سواء استعمل الدعوى غير المباشرة او رجع بالدعوى المباشرة التي يقررها القانون له . فهو في الحالة الاولى ليس سوى نائبا عن مدينه وهذا ما يستفاد من المادة 190 مدني جزائرى التي تنص على انه" يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين ، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في اموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه" .

اما في الحالة الثانية ، فهو يطالب احد العاقدين - استثناء - على مبدأ اقتصار اثر العقد على طرفيه ، بتنفيذ الالتزام الناشيء عنه لمصلحته ، بل الوفاء به للعاقد الاخر وهو مدينه (1) وهذه الدعوى المباشرة ، مقررة في حالات خاصة ولا تثبت الا بنص تشريعي خاص ويقصد بها . في الحقيقة منح الدائن حماية خاصة تقوم على فكرة حق الامتياز للمنفعة التي يكون قد قدمها الدائن للمدين او خسارة تحطها عنه (2) .

ومن امثلة ذلك ، ما نجده في المادة 507 مدني جزائرى والتي تعطي للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستاجر الفرعي (من الباطن) والتي يستطيع بمقتضاها ان يطالبه بما يكون بذمته للمستاجر الاصلي .

وكذلك ما تقرره المادة 565 مدني جزائرى بالنسبة للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل ، ضد رب العمل . حيث يكون لهؤلاء دعوى مباشرة ضد هذا الاخير . كما يكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول ورب العمل .

---

(1) د . محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الالتزام ، الجزء الثاني - فقرة 156 .

(2) د . محمد حسنين ، الوجيز في نظرية العقد ونظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري محاضرات ، غير مطبوعة ، لطلبة الماجيستير ، 1980-1981 - ص 262 وما بعدها .

وفي نفس هذا السياق تقرر المادة 3/580 مدني جزائري في الوكالة" بانه للموكل ان يرجع مباشرة على نائب الوكيل ولهذا الاخير ان يرجع مباشرة على الموكل ويصدق الامر ايضا بالنسبة لنائب الفضولي وهذا ما يستفاد من المادة 2/154 .

واخيرا ، وفي نفس هذا المتجه ، تقرر المادة 619 مدني جزائري للمضرور (المستفيد) دعوى مباشرة ضد المؤمن (شركة التامين) يكون له بموجبها ان يطالبها بما في ذمتها للمسؤول المدني (اى المؤمن له) (1) . (راجع قانون التامين الصادر 1984) .

د) المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير :-

قد ينشيء العقد حقا لفائدة الغير ومصلحته ، حين يتعاقد احد طرفيه ، على التزامات يشترطها لمصلحة هذا الغير (المادة 116 مدني جزائرى) ومن ثم ينشأ لهذا الغير حق من عقد الاشتراط ذاته ، الذى لم يكن طرفا فيه . فاذا اخل المدين بالالتزام الذى تعهد به في هذا العقد ، كان لهذا الغير ، ان يرجع عليه وفقا لقواعد المسؤولية العقدية . لان هذا الالتزام ولو لم يكن الدائن طرفا فيه ، نشأ مع ذلك عن العقد ويجب من ثم ان يخضع جزاؤه اليه كبقية الالتزامات العقدية (2) .

ويعترف القضاء الفرنسي ، وفقا لهذه الفكرة ، باشتراط في عقد نقل البضائع ، لمصلحة المرسل اليه (3) وفي عقد الايجار لمصلحة عائلة المستاجر (4) ، بل ويذهب القضاء الفرنسي الى حد افتراض الاشتراط لمصلحة الغير في بعض الاحوال (5)

---

(1) من الملاحظ ان الدعوى المباشرة التي استخلصها القضاء الفرنسي من المادة 53 لقانون 1930/07/13 والتي يكون بموجبها لضحية الضرر ان يطالب مباشرة مؤمن المسؤول عن الضرر ، ليست دائما عقدية ، بل تتاثر بحسب طبيعة مسؤولية المؤمن له وعليه فهي عقدية اذا كانت مسؤولية المؤمن له عقدية وتقصيرية في الاحوال التي لا تكون كذلك او في عبارة مساوية ان هذه الدعوى المباشرة تستمير طبيعتها في واقع الامر من طبيعة مسؤولية المسؤول .
(راجع في تفصيل ذلك موريس كوزيان ، الدعوى المباشرة) رسالة ديجون 1969) .

(2) مازو وتانك ، المسؤولية ، المرجع السابق - الجزء الاول - فقرة 136 .

(3) نقض مدني فرنسي ، 1948/04/12 ، سيرى 1948 ، 1 ، 115 .

(4) راجع . محمد حسنين ، نظرية العقد ونظرية الالتزام في القانون المدني الجزائرى ، محاضرات ماجيستير 1980-1981 - ص 95 .

(5) استئناف باريس ، 31 اكتوبر 1956 جازيت دى باليه ، 1956 ، 2 ، 351 .

./.

كل ذلك ، بقصد تقديم يد العون او المساعدة لضحايا الضرر ، ليسهل عليهم الحصول على التعويض المستحق بايسر الطرق ، حيث يصبح لهم بمقتضى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير ، الحق في مطالبة الناقل ، عقديا ، بالالتزام بالسلامة (1) .

المبحث الثالث : في عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى .

لا يجادل احد . في ان وجود عقد صحيح بين طرفيه لا يكفي بمفرده ، لقيام المسؤولية العقدية ، التي تشترط فوق ذلك لتحققها ان يحصل الضرر . بسبب الاخلال بالالتزام او التاخير فيه الذى يكون العقد قد رتبه في ذمة العاقد الاخر . وهذا ما يستفاد من المادة 176 مدني جزائرى التي تستوجب ان يكون التعويض على الضرر الناجم عن عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه .

وتماشيا مع هذا المنطق ، لا يرتب الضرر الحاصل بسبب اجنبي ، عن تنفيذ الالتزام في واقع الامر ، الا المسؤولية التقصيرية وذلك لانقطاع الصلة القانونية بين العقد والواقعة الضارة (2) ويتحقق ذلك ، في الاحوال التي ينفذ فيها العاقد التزامه بالطريقة المتفق عليها ولكنه من ناحية اخرى تسبب في احداث ضرر مستقل عن العلاقة العقدية ، لطرف الاخر . وهنا لا تثور بالبداهة الا القواعد التقصيرية لان الضرر الحاصل لم يكن نتيجة عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان كان له صلة مادية بالعقد ، فمثل هذه الصلة لا تكفي لقيام المسؤولية العقدية ، التي تشترط الصلة القانونية بين الواقعة الضارة والعقد (3) .

وهكذا ، تبقى المسؤولية تقصيرية حتى ولو وقع الفعل الضار بمناسبة العقد او اثناء تنفيذه . لان الخطأ هنا ، لا يعد من طبيعة عقدية طالما انه لم يترتب على الاخلال بالتزام عقدى ، بل هو خطأ تقصيرى ، يخضع في نظامه للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية .

---

(1) نقض مدني فرنسي ، 1954/12/17 جيريس كلاسور الدورى 55 ، 2 ، 849 تعليق "سافاتييه" .

(2) راجع اندرى بران ، الرسالة المشار اليها ، فقرة 201 .

(3) راجع في هذا الخصوص تعليق "اسميان" على نقض مدني فرنسي 1961/11/7 في دالوز 1962 - قضاء - ص 146 وما بعدها .

./.

فاذا شب حريق في مبنى المالك واصاب اموال المقاول الذى طلبه للقيام ببعض الاصلاحات او الترميمات في مبناه ، فان هذا المقاول لا يستطيع ان يستند في دعواه ضد المالك على اساس العقد الذى يكون بينهما وانما يستطيع مطالبته على اساس تقصيرى (1) ويتحقق ذات الحكم بالنسبة للمالك في مواجهة المستاجر من الباطن - بحيث يجوز لهذا الاخير ، ان يقاضيه مباشرة في حالة سقوطه في مبناه على اساس تقصيرى (2) وينطبق الحل بالنسبة لمشترى قارورة الغاز - الذى يلقى حتفه او يصاب بجروح نتيجة انفجار القارورة مع مواجهة بائعها - عندما يعزى سبب الانفجار الى عيب لا علاقة له بالتزامات البائع العقدية (3) .

وفي هذه الامثلة وما يشابهها (4) لا تثور في الحقيقة الا المسوءولية التقصيرية لان الضرر الحاصل ، لم يكن وفق راى البعض ، نتيجة خطأ عقدى والمتمثل في عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، بل يعتبر اجنبيا عنه ولا يمت اليه باية صلة قانونية . . .

وبالجملة ، يمكن القول ، ان المسوءولية العقدية لا تقوم الا اذا ترتب الضرر فعلا عن الاخلال بالالتزام العقدى سواء كان هذا الالتزام اساسيا فيه او ثانويا ، مع ملاحظة ان هذه الالتزامات الاخيرة ، قد ثار بشانها التساوءل حول طبيعتها وهل كانت تعتبر من مقتضيات العقد حقيقة للقول في حالة حصول الاخلال بها مقيما للمسوءولية العقدية ام على العكس ان مثل هذه الالتزامات لا يفرضها العقد ، ومن ثم فان الاخلال بها لا يقع الا خارج نطاق المسوءولية العقدية .

وعلى اية حال ، يمكن التقرير بانه لامكان اعمال القواعد العقدية يجب الرجوع الى مصدر الضرر او سببه والبحث فيما اذا كان الالتزام الذى حصل عدم تنفيذه قد رتبه العقد حقيقة على كاهل احد العاقدين .

---

(1) انظر استئناف بوزنسن ، 1950/10/19 ، في دالوز 1951 ، مختصر 56 .

(2) " نقض مدني فرنسي 1 ، 1967/10/11 في دالوز 1968 ، ص 106 .

(3) " نقض مدني فرنسي 2 ، 1955/05/03 في دالوز 1956 ، وتعليق سافاتييه .

(4) " نقض مدني فرنسي 1 ، 1955/05/28 ، النشرة المدنية ، 139 - ص 119 .

./.

ومهمة البحث في طبيعة الالتزامات، لا تثير بالنسبة للقاضي، اية صعوبة تفسيرية، عندما ينص العقد صراحة عليها (المادة 111 مدني جزائرى) غير ان مسالة التفسير هذه تثير بعض المشاكل، خاصة عندما يتعذر الوقوف على حقيقة بعض الالتزامات كان تاتي عبارات العقد مبهمة وغير مفصحة صراحة، على وجود مثل هذه الالتزامات. فما هو نوع المسؤولية في حالة وقوع اضرار للطرف الثاني، وهل يعتبر الالتزام غير المنفذ من احد طرفيه، قد تضمنه العقد، للقول تبعا بالمسؤولية العقدية، ام على العكس ان هذا الاخلال الحاصل لم يكن منصبا على التزام عقدى يفرضه العقد، وبالتالي لن يحكم بالتعويض عن الاضرار الحاصلة الا على الصعيد التقصيري.

هذا ولقد تقرر في فرنسا، بالنسبة لمسؤولية العامل الذى يتلف اموال رب العمل اثناء تادية عمله بانها من طبيعة عقدية (1) ومن الملاحظ ان الدائرة المدنية لمحكمة النقض هناك، قد حكمت ايضا بالمسؤولية العقدية في احوال كثيرة مشابهة (2) وهو ما حدا بالقضاء الفرنسي الى استخلاص بعض الالتزامات غير منصوص عليها في العقد، وقرر تبعا بالمسؤولية العقدية، خاصة عندما يكون الالتزام الذى اخل به المدين، مستمد من تنظيم ينطبق على العقد او انه يعتبر بالنظر الى الالتزامات العقدية الاخرى كالتزام جوهرى واساسي، غير ان القضاء من جهة اخرى، وفي كثير من العقود اعتبر ان المدين في العلاقة العقدية يكون مطالبا بالتزامات تبعية اخرى كالتزامه بالسلامة، وهو الالتزام الذى لا يقم بالنسبة لمن اخل به، سوى المسؤولية العقدية.

1 - الالتزام الذى يقضي به تنظيم عقدى او مهني :-

طبقا للمادة 1135 مدني فرنسي والمقابلة لنص المادة 2/107 مدني جزائرى لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول ايضا ما هو من

---

(1) انظر نقض اجتماعي 3 نوفمبر 1967 جيريس كلاسور الدورى، الطبعة 68 - 83249 تعليق "بيزيار".

(2) انظر على الاخص نقض مدني فرنسي، 1، 17 مارس 1969 دي دالوز 1969، 532.

./.

مستلـزماتـه وفقـا للقـانـون والعـرف والعـدالـة بحسب طبيعـة الالتـزام1

ويستشف من هـذا النـص، انـه في كل مرة يفـرض نـص قانـوني آمر في النطـاق التعـاقدى التـزام معين بفعـل او باعطـاء، فـان المسـؤولية المدنية المترتبة عـلى الاخـلال بـهـذا الالتـزام الـذى يفرضـه القـانـون هي بـدون شـك عقدية (1) .

بـل وتقـوم المسـؤولية العقديـة ايضـا حتـى ولـو كـان النـص القانـوني الـذى يفـرض الالتـزام على احـد طرفيه مكمـلا او مفسـرا ولكـن شريطـة الا يستبعـد من طرفهـما صراحة وهـو ما نجـده بصفـة خاصـة في الالتـزام القـانوني بضمـان العيـوب الخفيـة للشيء المبيـع المنصـوص عليه في المـادة 379 مدنـي جـزائـرى .وكـذلك ما نجـده في الضمان الخـاص باجـراءات الاصـلاحـات الايجاريـة والمنصـوص عليهـا في المـادة 482 مدني جزائرى، او ذلـك الضمـان الـذى يلـزم بـه اصحـاب الفنادق والمتعلق بحـراسـة امتعـة المسافرين وفقا للمـادة 599 مدني جـزائرى والمادة 00 مدنـي جـزائرى .

غير ان القضـاء الفرنسي ، خلافـا لذلك، قضى في بعض المهن المنظمـة قانونا ، وخاصـة المتعلقـة بمهـام الموثقيـن ، بالمسؤوليـة التقصيريـة لهـؤلاء حالة تادية وظيفتهم، وذلـك بحجـة ان هـذه المهنـة في راى البعض تعتبر موضوع احتكار، تجرد تدخلهـم من الوصـف التعـاقـدى (2) او في عبارة اخـرى مساويـة، ان التزام هـؤلاء ، يرجـع الى مصـدر قـانـونـي ، يجـرد العـلاقـات القائمـة بينهـم وبيـن عملائهـم، من كل صفة تعاقدية (3) .

---

(1) في هـذا المعنى بران ، الرسالة المشار اليها ، رقم 177 .
وكذلك ، مازووتانك ، المسـؤوليـة ، المرجـع السابق - الجـزء الاول - رقم 170 .
وانظر ايضا ، استئنـاف قرونوبل 1928/03/23 جازيت دي باليه ، 1929 ، 5 ، 280
(2) نقض مدني فرنسي ، 1947/12/8 جيريس كلاسور الدورى ، 1948 ، 3 ، 4081 .
راجع جاستون ستيفاني ، المقال السابق ، ص 130 .
(3) بران ، الرسالة المشار اليها - ص

./.

2 ـ الالتزام الاساسي الغير متضمن في العقد :-

اذا تجاهل العاقد التزاما اساسيا في العقد ولم ينفذه، قامت دون ادنى شك مسوٴوليته العقدية . وتكون كذلك حتى ولو كان مثل هذا الالتزام غير وارد فيه . واية ذلك هي ان الالتزام الاساسي او الجوهرى تقتضيه طبيعة العقد ذاته . ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية، تاكيدا لهذه الفكرة بالمسوٴولية العقدية للطبيب عن الاخطاء المهنية التي يرتكبها حتى ولو لم يوجد اى عقد مكتوب بينه وبين المريض يفيد ذلك . ويتاسس هذا الراى في الواقع ـ في نظر القضاء ـ على ان الطبيب يسأل تعاقديا في هذه الحالة، لانه يكون قد اخل بالتزام بوسيلة تفرضه طبيعة العقد الطبي ذاته (1) .

* ـ الالتزام بالسلامة (2) :-

في بعض الاحيان، وبالنظر الى بعض العقود التي تتضمن مخاطرا، يلاحظ بأن الالتزام بالسلامة يعد من الالتزامات الاساسية فيها، ومن ثم فان المسوٴولية العقدية تقوم ـ على كاعل من اخل به .

والواقع ان استخلاص هذا الالتزام، في بعض العقود، هو امر موضوعي موكول بالدرجة الاولى الى القضاة المعروض عليهم النزاع، فهم المطالبون اولا واخيرا، باقرار وجود هذا الالتزام او نفيه بحسب ما تقتضيه طبيعة هذه العقود .

هذا ولقد لوحظ بالنسبة للعقود التي محلها "حراسة" سواء انصبت على شيء كعقد الوديعة او على شخص كعقد النقل فان المتعاقد الذى يتكفل بالحراسة ملزم دائما ولو بطريقة ضمنية بضمان سلامة الشيء او الشخص اللذين في حراسته .

---

(1) انظر نقض مدني فرنسي 20/05/1936 دي دالوز، 1، 88 وخلاصة "ماتر" .

(2) في الالتزام بالسلامة، راجع د . محمود جمال الدين زكي، مشكلات، المرجع السابق ص 226 وما بعدها .

./.

ومن الجدير بالذكر، ان القضاء الفرنسي ، قد تجاوز هذه العقود التي موضوعها الحراسة للقول بالالتزام بالسلامة على عاتق الحارس وقرر بوجوده في عقود اخرى ليس موضوعها حراسة شيء او شخص.

ومعلوم انه عند ما لا يتضمن العقد صراحة مثل هذا الالتزام بالسلامة فان الاعتراف به من طرف القاضي ، لا يعتبر في حقيقة الامر دائما تفسيرا من طرفه للارادة العاقدة، او انه نتيجة مترتبة حتما ، عن تفسيره للعقد ، ذلك ان المدين به في الواقع قد لا تتجه اليه ارادته في غالب الاحيان الى التحمل به ، وهذا ما يدعوه احيانا الى استبعاده صراحة .

بل ان الاسباب التي دفعت القضاء الفرنسي الى النطق به في بعض العقود ، تمليه في راى البعض مقتضيات العدل في ظروف اقتصادية واجتماعية معينة وهي الظروف التي تحتم على القاضي ، احيانا ، استخلاصه تحقيقا لهذه المقتضيات .

ولكن مثار التساؤل بقي لدى الفقهاء مركزا حول مسالة تكييف طبيعة هذا الالتزام بالسلامة ، الذى يراه البعض بانه مجرد التزام بوسيلة في حين يراه البعض الاخر ، التزاما بغاية . وهي التفرقة التي تفتقر مع الاسف الى المعيار الذى ينبغي ان يعتمد عليه كاساس لها . وهذا ما جعل القضاء الفرنسي متذبذبا في احكامه فنراه تارة اكثر تشددا بالنسبة للمدين به ، فيجعل التزامه بالسلامة التزاما بغاية في بعض العقود واكثر تسامحا في عقود اخرى ، فيجعل من التزام المدين بالسلامة مجرد التزام بوسيلة .

وتبريرا لهذا المسلك القضائي الغريب ، يرى بعض الفقهاء ، ان ذلك يفسر بمحاولة ملاءمة تقنية التعويض مع التطور المستحدث ، اى محاولة لايجاد طريقة قانونية مثلى لجبر الضرر ، من اجل تغطية عادلة للاضرار الحاصلة سواء على الصعيد التقصيرى او على الصعيد التعاقدى .

./.

ومن اهم تطبيقات الالتزام بالسلامة الذى موضوعه نتيجة او غاية معينة ، ما نجده في عقد النقل ، حيث تقرر قضاء ، وذلك ابتداء من سنة 1911 ، خاصة بالنسبة للناقل البرى ، بان التزام هذا الاخير بسلامة المسافرين هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية (1) .

وقد توسع هذا الحل ليشمل عقد نقل البضائع ، بل وتقرر ايضا بالنسبة للالعاب الرياضية (2) . واعتبر الطبيب ، بغض النظر عن التزامه بتقديم العلاج للمريض ، والذى يعد بالنظر الى طبيعة هذا العقد ، التزاما اساسيا وجوهريا مسؤولا عن السلامة الجسمية لمريضه . وبناء عليه يستطيع المريض ، مساءلة الطبيب تعاقديا ، حتى ولو لم يتدخل الطبيب شخصيا في الاضرار التي نزلت به كان يسقط المريض من على الطاولة المخصصة للجراحة ، او سقط في العيادة بسبب وضع تجهيزاتها مثلا . ولقد تقرر ذات الحكم بالنسبة لمسؤولية البيطرى (3) بل ولم تفلت المؤسسات التعليمية او التربوية كذلك من هذا الالتزام بالسلامة عن التلاميذ في الامكنة الدراسية ، ويشارك هذه المؤسسات التعليمية ، ايضا اصحاب الفنادق والمطاعم والمقاهي الذين اعتبروا في نظر القضاء مسؤولين عن سلامة العملاء او المستهلكين . فاذا سقط العميل مثلا داخل المقهى واصيب بضرر قامت المسؤولية العقدية لصاحب المحل ، لانه يكون قد اخل بالتزامه في السلامة (4) . ومن جهة اخرى تقررت المسؤولية التعاقدية لاصحاب الفنادق عن الامتعة المودعة من طرف النزلاء وبالمثل يسال الناقل ايضا عن سلامة امتعة المسافرين . واخيرا يمكن ان يكون كل من البائع او الصانع لسلعة ما ، في مواجهة المشترى او المستهلك ، مطالبا بالالتزام بالسلامة . وفي هذا الفرض يشترط التمييز بين حالتين :-

---

(1) نقض مدني فرنسي 21 / 11 / 1911 سيرى 1912 ، 1 ، 73 ملاحظات" ليون كان" .
نقض مدني فرنسي 21 / 11 / 1911 دالوز الدورى 1913 ، 1 ، 249 ملاحظات"ساروت"

(2) نقض مدني فرنسي 1 ، 30 / 10 / 1968 جيريبس كلاسور الدورى 1969 ، 2 ، 15846 ، ملاحظات" رابوت" .

(3) استئناف أكس 28 / 04 / 1970 ، جير كلاسور الدورى ، 1970 ، 2 ، 16498 .

(4) نقض مدني فرنسي ، 9 / 03 / 1970 ، النشرة المدنية ، 1 ، رقم 87 - ص 71 وما بعدها .

./.

- اولا - اذا كان الضرر النازل بالعميل تسبب فيه المبيع لعيب اوعيوب تتصل بصناعته، فان الراى في فرنسا مجمع على ضرورة تطبيق فكرة الضمان المنصوص عليهما في المواد 1641 مدني فرنسي وما بعدها وهي المواد المقابلة للمواد .

- ثانيا - اما اذا حصل الضرر من هذا الشيء المبيع دون ان تتصل به عيوب ففي هذه الحالة، يتجه الراى الغالب الى القول بان البائع هنا، كان يجب عليه ان ينبه العميل الى الخطورة المناطة باستعمال هذا الشيء اوعلى الاقل كان يجب عليه ان يوضح له الطرق السليمة للاستعمال تفاديا لحصول مثل هذه الاضرار(1) .

ومجمل القول هو ان الالتزام بالسلامة اصبح في الوقت الحاضر يغزو الى حد كبير كافة مشروعات تقديم الخدمات الاجتماعية المختلفة ومثالها كثير في حياتنا العملية .

وهذا الالتزام بالسلامة - كما راينا - يتاسس في نظر القضاء الفرنسي تارة على القانون ذاته تطبيقا للمادة 1135 مدني فرنسي وهي المادة المقابلة لنص المادة 2/107 مدني جزائرى، بحسبانه التزاما يتناوله مضمون العقد وفقا للعرف او العدالة، حسب ما تقتضيه طبيعة الالتزام وتارة اخرى يتاسس على الارادة المشتركة للعاقدين صابغة العقد ومحددة آثاره وطبقا يجد هذا الالتزام اساسه في الواجب الذى يقضي على العاقدين ضرورة تنفيذ العقود بحسن نية وفقا للمادة 1134 مدني جزائرى وهي المادة المقابلة للمادة 107 /1 مدني جزائرى .

ولذلك فان ما انتهى اليه القضاء الفرنسي بتاييد من جمهور الفقهاء هناك ليس سوى تطبيقا للمبادئ العامة في القانون الجزائرى وهكذا يتعين على قضائنا الاستهداء به في الاقضية المشابهة .

---

(1) انظر نقض مدني فرنسي 1، 1961/11/29 في دالوز 1962، مختصر 79 .

على ان الالتزام بالسلامة لا تبدو له اهمية الا اذا كان التزاما بتحقيق نتيجة . اما اذا كان محله مجرد بذل عناية (1) فان وضع العاقد ، الدائن به ، يتفق مع وصفه في حالة انتفائه . اذ لا يكون له الرجوع على المدين به - الا طبقا للقواعد العامة في المسؤولية ، فيتعين عليه اثبات الخطأ الذى لا يختلف في ضابطه عن الخطا التقصيرى (2) ومن هذه الناحية يستوى في راينا ان يرتب العقد التزاما بالسلامة على عاتق المدين او لا يرتبه اصلا (3) .

---

(1) نقض مدني فرنسي ، 9/3/1970 جيريس كلاسور الدورى ، 1970 ، 5 ، 121 .

(2) استئناف ليون ، 22/2/1945 جازيت دى باليه ، 145 ، 1 ، 164 .

(3) في هذا المعنى ، د . محمود جمال الدين زكي ، مشكلات ، المرجع السابق ، ص456 وما بعدها .

./.

الباب الثاني

الخبرة بين نظامي المسؤولية المدنية

تمهيـــد :-

يتضح من العرض السابق ،ان المشرع الجزائرى ،على غرار المشرعين الفرنسي والمصرى ،لم يتبنى الحلول التي انتهى اليها انصار الوحدة في مجال المسوءولية المدنية ،بل تملق كثيرا بالنظرة الكلاسيكية عندما إبقى على فروق تنظيمية حقيقية بين المسوءولية العقدية والمسوءولية التقصيرية ، وهو الاختلاف الذى جعل كل نوع يمتاز بقواعد معينة قد لا تستفيد منها ضحية الضرر ،عندما توءسس طلبها على نظام اخر ،عندما يكون مثل هذا الاجراء مسموح به قانونا .

ويبدو للوهلة الاولى ،ان هذه المزايا التي يحفل بها كل نظام ،هي مسالة مجردة من اى اهمية . ولكن هذه المسالة في الواقع هي على قدر كبير من الاهمية اذ تعتبر في الواقع من بين الدوافع الرئيسية التي اثارت مشكل الخيرة ، والمنطلق الاول له . لذلك نجد جهود معظم الفقهاء ، انطلاقا من هذه الفروق التنظيمية ، وما توفره احيانا من مزايا ، تتركز حول البحث في امكانية السماح للمضرور تعاقديا ،ان كانت هذه هي مصلحته من الاحتجاج بالدعوى التقصيرية بدلا من الدعوى العقدية القائمة له اصلا .

ومناقشة قضية الخيرة ومدى جوازها في ظل تشريعنا المدني الجزائرى تستدعي منا في المقام الاول ضرورة ذكر القواعد الخاصة بكل نظام على حده ولو باقتضاب شديد منا للتكرار ، وتذكيرا لما سبق عرضه ، في الباب الاول من هذا البحث .

واذا رجعنا الى الفقه الكلاسيكي ، المنادى بنظرية الازدواج ، يمكن القول اجمالا وتفصيلا ، بان الفروق التي اوجدوها بين المسوءولية العقدية والمسوءولية التقصيرية ترجع في حقيقة الامر ، الى عنصر الخطأ سواء من حيث ضرورته في المسوءولية التقصيرية وعدم ضرورته في المسوءولية العقدية او من حيث طريقة تقديره او من حيث اساليب اثباته . ولقد راينا تعليقا على هذه النظرية ، وتقييما لنتائجها ، كيف

./.

انها عجزت في كثير من المواطن ، اثبات صحتها ، خاصة عند ما اقامت الفروق بين نظامي المسوءولية المدنية على اساس طبيعة كل منها او في التفرقة التي قرروها بين الخطأ العقدى والخطأ التقصيرى من جوانب كثيرة . ولقد راينا ايضا كيف ان جمهور الفقهاء لم يسلم بهذا الراى فرفض نتائجه واقام الفروق على اساس اخر تقتضيه ضرورة تحليل مضمون العقد .الذى يثير فروضا مختلفة . وهكذا اصبح تحليل مضمون العقد وليس تحليل المسوءولية هو الذى يوءدى الى نتائج قانونية مختلفة . وعلى هذا الاساس رفضت نظرية تدرج الخطأ ، ولم يركن الفقهاء الى اختلاف المسوءوليتين من حيث طريقة الاثبات، بل راوا بان هذا الاختلاف في طريقة الاثبات تمليه الفروق الموجودة بين الالتزام بغاية والالتزام بوسيلة في نطاق المسوءولية العقدية ، واما في المسوءولية التقصيرية ، فاننا نجد أحيانا معفى من اثبات الخطأ في كل مرة يستطيع الاحتجاج بقواعد المسوءولية المفترضة (1) (راجع المواد 135 مدني جزائرى والمادة 138 مدني جزائرى والمادة 139 مدني جزائرى) .

ولقد راينا ان نقسم هذا الباب الى اربعة فصول نبحث في الاول المزايا المتعلقة بالمسوءولية العقدية والمسوءولية التقصيرية . لان هذه القواعد تترتب فعلا عن الاختلاف التنظيمي الحقيقي بينهما ، كما ان هذا الفصل يعتبر في نظرنا الارضية الممهدة لدراسة مشكل الخيرة الذى خصصنا له الفصل الثاني الذى بحثنا فيه الكيفية التي ينبغي ان يطرح بها ونطاق تطبيقه ، وفصل ثالث بحثنا فيه نظرية الخيرة في الفقه والقضاء ، والفصل الرابع خصصناه لنظرية عدم الخيرة في الفقه والقضاء .

---

(1) في هذا المعنى ، مارتين : الرسالة المشار اليها ، ص 13 وما بعدها .

الفصل الاول

في مزايا كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية

في هذا الفصل نخصص المبحث الاول لدراسة فوائد المسؤولية العقدية وفي المبحث الثاني نخصصه لدراسة فوائد المسؤولية التقصيرية .

المبحث الاول : مزايا المسؤولية العقدية .

يبدو للوهلة الاولى بانه ليس ثمة فوائد خاصة بالنظام التعاقدى للمسؤولية اذا قورنت بالمسؤولية التقصيرية، لان هذه الاخيرة، تعتبر بالنسبة للمضرور في كل الاحوال افيد له (1) غير ان مثل هذا الادعاء غير صحيح على اطلاقه حيث نجد احيانا مزايا يحفل بها النظام التعاقدى للمسؤولية، خاصة ما نلاحظه في تقادم الدعوى العقدية، او ما نلمسه في نطاق القانون الدولي الخاص، عندما يكون القانون المختار لحكم العلاقة القائمة ، احسن من قانون مكان وقوع الفعل الضار . وتظهر اخيرا مزية اخرى بالنسبة للمسؤولية التعاقدية عندما يكون العقد مشتملا على بعض الضمانات العقدية، فمن مصلحة المضرور هنا البقاء في الحقل التعاقدى، ورفع دعواه على هذا الاساس.

1 - بالنسبة لتقادم الدعوى العقدية :-

لو رجعنا الى القانون الفرنسي، فاننا نجده يحدد مدة التقادم من حيث الاصل بمدة 30 سنة سواء على الصعيد التقصيرى او التعاقدى . وفي مثل هذه الاحوال، ليس هناك مصلحة للمضرور، سواء من الناحية العملية او القانونية، اذا تمسك بقواعد التقادم الخاصة بالدعوى العقدية، لانها لا تختلف عن القواعد الخاصة بتقادم الدعوى التقصيرية . ولكن يحدث احيانا، وضع قانوني خاص، يترتب عليه في نظر القانون الفرنسي، بالنسبة لمدة تقادم دعوى المسؤولية - حل قانوني خاص

---

(1) راجع مارتين، الرسالة المشار اليها - ص 16 وما بعدها .

./.

وهو الوضع الذى يكون فيه الفعل الضار مشكلا في ذات الوقت جريمة جنائية حسب ما هو منصوص عليه في القانون الفرنسي ووفقا للراى الذى يقضي في مثل هذه الاحوال ،بارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية ،وتاثير هذه الاخيرة على الاولى في مدة التقادم فان تقادم الدعوى الجنائية يؤدى حتما الى تقادم الدعوى التقصيرية وبهذا يكون من مصلحة المتضرر من فعل ضار مكون لجريمة ان يبقى في نطاق المسؤولية العقدية ،ويقيم دعواه على هذا الاساس ليتفادى المدد القصيرة الخاصة ببعض الجرائم ،ليستفيد بالتالي بالتقادم المقرر للدعوى العقدية .

غير ان فكرة تاثير الدعوى الجنائية على الدعوى المدنية التقصيرية في مدة التقادم لا يعرفها القانون الجزائرى ومن ثم لا تبدو هناك اى مصلحة للمضرور في هذه الظروف ،البقاء في الحقل التعاقدى ،بل من مصلحته ان ينتقل الى النطاق التقصيرى خاصة ،عندما تكون مدة تقادم الدعوى العقدية اقل من مدة تقادم الدعوى التقصيرية (1) .

2 - في نطاق القانون الدولي الخاص :-

بالرجوع الى المادة 20 / 1 من القانون المدني الجزائرى ،نجد ان المسؤولية التقصيرية لا يمكن ان تخضع الا لقانون واحد . وهو كما نعلم قانون المكان الذى وقع فيه الفعل الضار . وعلى العكس تخضع المسؤولية التعاقدية وفقا للمادة 18 / 1 منه لقانون المكان الذى يبرم فيه العقد او القانون الذى اتفق عليها الاطراف (2) وقد يجد المضرور تعاقديا ،مصلحة في هذين القانونين لا يوفرها له قانون موقع الفعل الضار .

---

(1) راجع سابقا في اختلاف المسؤوليتين ،في مسالة التقادم ،صفحة وما بعدها .
(2) راجع د . اسعاد محند ،القانون الدولي الخاص ،ديوان المطبوعات الجامعية 1980 - ص 279 وما بعدها .

./.

3 ـ بالنسبة للضمانات العقدية :-

اذا كان العقد مشتملا على ضمانات عقدية معينة،فان من مصلحة ضحية الاخلال بالالتزام العقدى،البقاء في الحقل التعاقدى وتاسيس دعواها عليه، لما يوفره لها من مزايا،قد لا يوفرها ليه النظام العمومي للمسوءولية التقصيرية .

4 ـ بالنسبة للاختصاص المكاني :-

وقد يتفق الاطراف احيانا في العقد،على وضع شروط لتحديد الاختصاص لمحكمة معينة للنظر في النزاع الذى من المحتمل ان يثور بينهما مستقبلا . ولكن عند تعذر وجود مثل هذا الشرط في العقد،تعين تطبيق القواعد العامة . في الاجراءات،التي تقضي ان يرفع النزاع في المسائل المدنية امام محكمة موطن المدعي عليه (المادة 3 اجراءات فرنسي) . .

اما في المسائل التجارية فينعقد الاختصاص ليس فقط بالنسبة لمحكمة موطن المدعي عليه بل ينعقد ايضا اما لمحكمة مكان الوفاء او مكان الابرام او مكان تنفيذ العقد . (المادة 420 اجراءات فرنسي) .

غير انه بالنسبة للدعوى التقصيرية فهي لا ترفع الا امام محكمة موطن المدعي عليه او المحكمة التي وقع بدائرتها الفعل الضار .

وعلى هذا النحو،وخاصة في المسائل التجارية ،يكون للمضرور اختيار واسع في المحاكم لرفع دعواه عندما يوءسسها على العقد . ومثل هذا الاختيار قد يوفر له احيانا مصلحة قد لا يجدها عندما يحتج بدعواه على اساس المسوءولية التقصيرية .

المبحث الثاني : مزايا المسوءولية التقصيرية .

ان من اهم المزايا التي تنفرد بها المسوءولية التقصيرية عن المسوءولية العقدية هي كما يلي :-

./.

أ) التضامن :

1 - سهولة تنفيذ الحكم الخاص بالتعويض :-

ان تنفيذ حكم المسؤولية بالنسبة لمرتكب الفعل الضار، يمتاز في نطاق المسؤولية التقصيرية احيانا بالسهولة، خاصة عند ما ينسب الخطأ الى عدد من الاشخاص. وفي هذه الحالة، لم يتردد القضاء الفرنسي في اعتبار هؤلاء مسؤولين تجاه المضرور مسؤولية تضامنية. اى ان المضرور يصبح في مامن من عسر احدهم لكي يحصل على مبلغ التعويض المستحق فلو حدث مثلا ان اصبح المدين المسؤول معسرا، فان ضحية الضرر لا تتاثر بحالته هذه ولا تتحمل عسره بل ولا يحول ذلك دون مطالبتها بالتعويض الكامل من المدينين الاخرين. وهذا الوضع القانوني، كما هو معلوم لا يمكن تصوره في نطاق العلاقات العقدية المدنية الا اذا تضمن العقد شرطا صريحا يفيد تضامن المدينين المتعددين او وجد نص قانوني يقضي بذلك (المادة 217 مدني جزائرى) على ان ذلك لا يمنع من قيام التضامن في العقود التجارية، وذلك تطبيقا لفكرة التضامن في المسائل التجارية (1).

وهكذا فمن مصلحة المضرور عقديا، ان يؤسس دعواه في التعويض في مواجهة المدينين المتعددين على قواعد المسؤولية التقصيرية. لانهم عند ما يتعددون في نطاقها يكونون مسؤولين عن دفعه بالتضامن وفقا للمادة 126 مدني جزائرى وبالتضامن وفقا للقانون الفرنسي.

ب) الاعذار :-

هذا وبالاضافة الى ما سبق، يمكن القول بان المسؤولية العقدية بالنسبة لبعض العقود لا تقوم على كاهل المدين الا عند اعذاره من طرف الدائن (المادة 179 مدني جزائرى). وهذا الشرط كما هو معلوم، لا نلمس له اثرا في المسؤولية

(1) مارتين، الرسالة المشار اليها، ص 16 وما بعدها.
د. نور الدين تركي، المرجع السابق، 1982 - ص 27 وما بعدها.
د. احمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، 1975 - ص 257 وما بعدها.

./.

التقصيرية التي تقوم بدونه (المادة 181 مدني جزائرى) .

وترتيبا على ذلك يكون من مصلحة المضرور عقديا ، ان يؤسس دعواه على النظام العمومي للمسؤولية التقصيرية اذا لم يكن قد اعذر مدينه وفقا لما يقضي به القانون ، ما لم يتفقان في العقد على خلاف ذلك (المادة 180 مدني جزائرى) .

ج) مدى التعويض :-

ونجد المسؤولية التقصيرية احيانا تسمح لضحية الضرر ، الحصول على التعويض الكامل في حين ان الدعوى العقدية من حيث الاصل لا تسعفه الى ذلك طالما انها لا تحقق له سوى تعويضا جزئيا (المادة 2/182 مدني جزائرى) حيث لا يشمل التعويض فيها الا الاضرار المتوقعة ، ولكن بشرط الا يكون المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما لانه في هذه الحالة الاخيرة يكون مسؤولا عن تعويض الضرر كله (1) .

وعليه يكون من مصلحة المضرور عقديا ، عدا حالتا الغش والخطأ الجسيم ان ينتقل الى النطاق التقصيرى ليحصل على التعويض الكامل عن كل الضرر الذى نزل به سواء توقعه او لم يتوقعه (2) المادة 2/182 مدني جزائرى) بل وتبقى للمضرور مصلحة اخرى في نقل دعواه من النطاق التعاقدى الى النطاق التقصيرى خاصة اذا كان يريد الحصول على تعويض الاضرار المعنوية . لان المضرور معنويا في ظل القانون المدني الجزائرى اذا اقام دعواه على الاساس التعاقدى قد لا يصل الى مبتغاه نظرا لعدم وجود نص في القانون يقضي بالتعويض عن الضرر المعنوى . وهو الامر الذى يدعو القضاة الجزائريين احيانا الى رفضه بالنسبة

---

(1) لنظر د . احمد سلامة ، المرجع السابق ، 1975 ، ص 257 .
(2) في هذا المعنى ، د . نور الدين تركي ، المرجع السابق ، 1982 ، فقرة 27 - ص 28 .
لوريس ستارك ، المرجع السابق ، ص 654 .

لطالبه ،لانهم لا يجدون نصا يستندون اليه . بل ولا يتغير الحل ،حتى ولو استندوا الى مبادئ الشريعة الاسلامية باعتبارها المصدر الثاني بعد التشريع وفقا لنص المادة الاولى من القانون المدني الجزائرى .

وعلى العكس، يكون لهؤلاء القضاة ،اذا تاسست دعوى المضرور على قواعد المسؤولية التقصيرية ،الحق في ان يحكموا بالتعويض عن الضرر المعنوى استنادا الى المادة 3 فقرة 4 اجراءات جنائية جزائرية) واعمالا لنص المادة الاولى المذكورة من القانون المدني .

لانه من الناحية المنطقية اذا كان يسمح للقضاء الجنائي ،النطق به ،احيانا ، فانه لا يوجد ما يمنع من تطبيق ذلك في القضاء المادى والذى لا يجب ان يكون مناقضا له او مخالفا له في احكامه (1) .

ومن الملاحظ ان هذا الخلاف بين نوعي المسؤولية المدنية في مدى جواز التعويض عن الضرر الادبي ،يعزى الى الفقيهين الفرنسيين " دوما "و"بوتييه" اللذين فهما خطأ -على ما يبدو- ان القانون الروماني كان يقضي بعدم جوازه في نطاق المسؤولية العقدية وهذا الراى تبناه القضاء الفرنسي حينا من الدهر ثم عدل عنه فيما بعد . ومن الجدير بالذكر . انه اذا كان القضاء الفرنسي المدني قد استقر الان على التعويض في الضرر المادى والمعنوى في نطاق المسؤولية العقدية ،فان قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا زال متشبثا بالراى القديم وبرفض التعويض عن الضرر الادبي في المسؤولية العقدية .

ثم ان المسؤولية التقصيرية تكون اصلح للمضرور ،في الحصول على حقه في التعويض كاملا ،عندما تصبح المسؤولية العقدية مشلولة جزئيا او كليا بسبب

---

(1) د . على على سليمان - محاضرات في المسؤولية المدنية - لطلبة الماجيستير 1978 (غير مطبوعة) .

ما يتضمنه العقد من شروط التحديد او الاعفاء منها او ياتي القانون فيحدد من مبلغ التعويض في حالة عدم تنفيذ احد الاطراف لالتزامه (1) .

وعلى هذا الاساس لا يجوز للمضرور عقديا ، اذا بقي في الحقل التعاقدي المطالبة باكثر من مبلغ التعويض المحدد مسبقا ، حتى ولو كان هذا التعويض غير متناسب مع الاضرار الحاصلة .

ومن المفيد ان ننوه الى ان مثل هذا التحديد في المسؤولية التقصيرية لا وجود له على الصعيد التقصيرى - وعلى فرض وجوده - فهو باطل بقول القانون لانه مخالف للنظام العام (2) وترتيبا على ذلك ، فان شروط عدم المسائلة المدرجة في العقود اذا كانت صحيحة في النطاق التعاقدى فهي لا تنال من المسؤولية التقصيرية التي تعد من النظام العام وهذا ما يستشف من المادة 178 في فقرتيها الثانية والثالثة . وعموما فانه يكاد يكون بشأن هذه المسالة تقريبا شبه اجماع فقهي وقضائي وتشريعي في جواز الاتفاقات على الاعفاء من المسؤولية العقدية او التخفيف منها . وبطلانها في المسؤولية التقصيرية . وهذا هو الحل الذى تبناه المشرع الجزائرى في الفقرة الثالثة من المادة 178 المذكورة حيث قضى ببطلان كل شرط يفيد الاعفاء في حالة الفعل الاجرامي " اى الفعل الضار .

د) الاتفاق على مبلغ التعويض مقدما او الشرط الجزائي :-

طبقا للمواد 183 ، 184 ، 185 مدني جزائرى ، يظهر بانه اذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المحدد سلفا في العقد ، لا يجوز للدائن ان يطالب باكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما ومعنى ذلك انه اذا كانت قيمة التعويض المستحقة اقل من الضرر الحاصل ، فان من مصلحته ان ينقل

---

(1) انظر مارتين ، الرسالة المشار اليها ، ص 18 وما بعدها .
بوريس ستارك ، المرجع السابق ، ص 654 .

(2) د . نور الدين تركي ، المرجع السابق ، 1982 فقرة 25 ص 27 وما بعدها .

./.

دعواه الى النطاق التقصيرى كي يتمكن من المطالبة بالتعويض عن كل الضرر، خاصة عندما نعلم ان القاضي الجزائرى لا يجوز له التدخل بالزيادة في مقدار التعويض على غرار ما اصبح مقررا في فرنسا بعد صدور القانون (1975/07/9) والمعدل للمادة 1152 مدني فرنسي .

وهكذا يمكن القول بان الدائن في القانون الجزائرى تكون له مصلحة في الانتقال الى النطاق التقصيرى والاستناد الى قواعده، اما في فرنسا، فلا مصلحة له، خاصة بعد صدور القانون المشار اليه اعلاه، في نقل دعواه من الحقل التعاقدى الى الحقل التقصيرى، لان القاضي الفرنسي وفقا للمادة 1152 فرنسي يستطيع ان يتدخل بالزيادة او النقصان في قيمة مبلغ التعويض بحسب درجة جسامة الضرر الحاصل، وغني عن البيان ان الدائن قبل صدور القانون المعدل للمادة 1152 مدني فرنسي كانت له مصلحة في اختيار القواعد التقصيرية بدلا من البقاء في الحقل التعاقدى، لان القاضي الفرنسي قبل صدور هذا القانون الجديد لم يكن يسمح له بالتدخل زيادة او نقصانا في الشرط الجزائي .

اما فيما يتعلق بالاتفاق على التخفيض من مدة التقادم، فهو اتفاق غير ذى اثر في نطاق القانون الجزائرى الذى تمنع مادته 322 / 1 مدني التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا تجيز الاتفاق على ان يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون . ومن ثم لا مصلحة للمضرور عقديا في الانتقال الى الميدان التقصيرى ليستفيد بمدة التقادم المقررة فيه . اللهم الا اذا كانت الدعوى العقدية في مدتها اقل من مدة تقادم الدعوى التقصيرية (1) على النحو الذى سبق بيانه .

<u>د) * - وفي نطاق تنازع القوانين (2)</u> : تظهر اهمية بالغة للخيرة، لانه من المقرر

---

(1) راجع سابقا في مدة تقادم بعض الدعاوى العقدية، ص 115 وما بعدها .

(2) بوريس ستارك، المرجع السابق، ص 655 .

./.

بالنسبة للعاقدين ان يختارا القانون الذى يطبق على علاقاتها التعاقدية[1] (راجع المادة 18 مدني جزائرى) وفي هذه الحالة يكون القانون المختار هو الواجب التطبيق على ما يترتب من اثار على هذا العقد . وعلى فرض ان القانون المختار هذا لم يكن منصفا للدائن المضرور ، فمن مصلحة هذا الاخير ان ينتقل الى المسوؤلية التقصيرية حتى يطبق بشأن التعويض قانون موقع الفعل الضار (راجع المادة 20 مدني جزائرى) خاصة اذا كان هذا القانون الاخير اكثر انصافا له في الحصول على حقه كاملا في التعويض(2) .

د) في نطاق المسوؤلية التقصيرية :-

اذا كان الخطأ مفترضا افتراضا لا يقبل اثبات العكس في المسوؤلية التقصيرية كمسوؤلية حارس الاشياء (المادة 138 مدني جزائرى) او يقبل اثبات العكس كمسوؤلية المكلف بالرقابة (المادة 134 والمادة 135 مدني جزائرى) وكان الاخلال بالالتزام العقدى يدخل كذلك في نطاقهما فيكون من مصلحة المضرور بضرر ناشيء عن الاخلال بالتزام عقدى ان ينتقل الى الميدان التقصيرى لانه سوف يعفي من اثبات الخطأ بدلا من ان يظل في نطاق المسوؤلية العقدية حيث يتعين عليه في الغالب اثبات خطأ في سلوك المدين المتعاقد (وخاصة في الالتزامات ببذل عناية) .

2 -** الاهمية الخاصة بالاحكام القضائية :-

1 - بالنسبة لطبيعتها المنشئة او الكاشفة :-

لقد قررت محكمة النقض الفرنسية ، بان الاحكام الصادرة في المسوؤلية التقصيرية هي منشئة للحق في التعويض ، بينما الاحكام الصادرة في المسوؤلية العقدية فهي على العكس تعتبر كاشفة للحق في التعويض ، ويترتب على هذا الراى القضائي في

---

(1) راجع د . احمد بن شنب ، الميكانيسمات القانونية للعلاقات التجارية الدولية للجزائر رسالة 1979 - ص 426 وما بعدها .

(2) د . علي علي سليمان ، محاضرات في المسوؤلية المدنية لطلبة الماجيستير 1979 .

/ ٠

المسائل التجارية، انه اذا افلس المدين بعد ان ابرم عقدا قبل فترة الريبا او كان قد ارتكب خطأ تقصيريا في هذه المدة فان الحكم بالتعويض في المسؤولية العقدية، باعتباره كاشفا للحق يضع الدائن بالنسبة لحقه في التعويض داخل كتلة الدائنين وذلك لان الدين في المسؤولية العقدية كان سابقا على فترة"الريبا" وعليه يدخل الدائن في كتلة الدائنين ويتقاسم معهم موجودات التفلسة قسمة غرماء .

اما الدائن المضرور في المسؤولية التقصيرية فبما ان الحكم الصادر له بالتعويض هو حكم من طبيعة منشئة للحق، فلا شك انه لا يدخل في كتلة الدائنين ولا في التفلسة بل يقتضي حقه كاملا دون مزاحمة بقية الدائنين، على تقدير ان الحكم قد انشأ الحق للدائن بعد شهر الافلاس. وهكذا يتقاضى الدائن المضرور حقه كاملا، قبل توزيع موجودات التفلسة .

وتاسيسا على ذلك، يكون من مصلحة المضرور عقديا - طبقا لراى محكمة النقض ان يتوسل في طلبه بالتعويض، بطريقة الدعوى التقصيرية احسن من ان يوءسس دعواه على القواعد العقدية (1) .

غير ان هذا الراى، لم يسد عندنا، حيث اصبح من الموءكد ان الحكم بالتعويض في كلتا المسوءوليتين كاشف للحق وليس منشئا له . وان مصدر الحق في التعويض سواء في المسوءولية العقدية او المسوءولية التقصيرية هو الضرر او الفعل الضار وهذا ما يستخلص ضمنا من المادة 20 مدني جزائرى التي تقضي بانه" يسرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشيء للالتزام" .

وبناء على ما تقدم ليست هناك مصلحة للمضرور عقديا، في حالة افلاس المدين - ان يطالب بالتعويض طبقا للمسوءولية التقصيرية ولا اهمية للخيرة ايضا عندنا وان كانت اهميتها تثار بالنسبة لقضاء محكمة النقض الفرنسية على النحو الذى سبق بيانه .

---

(1) د . علي علي سليمان، محاضرات في المسوءولية المدنية لطلبة الماجيستير - 1979 .

2 ـ في مدى حجية الاحكام :-

اذا اجيز للمضرور عقديا ان يختار قواعد المسؤولية التقصيرية ،فانه يترتب على مثل هذا الاجراء القانوني نتيجة هامة وهي انه اذا خسر دعواه على اساس المسؤولية العقدية فانه يجوز له ان يرفع دعواه من جديد ويؤسسها على قواعد المسؤولية التقصيرية دون ان يكون للطرف الثاني ان يدفع في مواجهته بحجية الحكم السابق في المسؤولية العقدية وذلك لاختلاف السبب بينهما وهذا ما اكده القضاء الفرنسي في احكام كثيرة . غير ان الامر في مصر على اختلاف، حيث تارجحت محكمة النقض هناك بين التاييد تارة والرفض تارة اخرى . فدائرتها الجنائية سارت على النهج القضائي الفرنسي وقررت تبعا بجواز رفع الدعوى من جديد على اساس المسؤولية التقصيرية ولا وجه للاحتجاج بفكرة حجية الامر المقضي السابق . ولكن دائرتها المدنية على العكس ترفض ذلك ولا تجيز رفع الدعوى التقصيرية اذا فشل الدائن في دعواه العقدية المؤسسة على العقد (1) .

تلك هي اهم المزايا التي يمكن ان يجدها المضرور عقديا عندما يحتج بالدعوى التقصيرية . وبحث مسالة امكان اوعدم امكان اتباع مثل هذا الاجراء القانوني هو ما يثيره مشكل الخيرة في حقل المسؤولية المدنية .

فما هو المقصود بالخيرة؟ وهل تعتبر كل الصور التي اوضحناها داخلة في مضمونه ام ان من بين هذه الفروض ما ينبغي استبعادها من نطاق الخيرة لانها تثير قضايا قانونية اخرى ،ومختلفة عنها . وللاجابة على مثل هذه التساؤلات ،راينا ضرورة توضيح مفهوم الخيرة وضبطه من الناحية القانونية والفنية ثم نبين الكيفية التي ينبغي ان يطرح بها واخيرا نبين نطاق تطبيقه .

---

(1) د . علي علي سليمان ـ محاضرات في المسؤولية المدنية لطلبة الماجيستير 1979 .

الفصـل الثانـي

مفهـوم الخيـرة ونطـاق تطبيقـه

في هـذا الفصل نحاول تسليط الضوء على مفهوم الخيـرة ببيان كيفية طرحه وتحديد نطاق تطبيقه دون ان ننسى موقف القانون المقارن منه .

المبحث الاول : في تحديد مفهوم الخيرة :-

اول ملاحظة ملفتة للنظر هي ان الفقهاء يستعملون في مؤلفاتهم اصطلاحات مختلفة للدلالة على الخيرة . وهذه الحقيقة تحتم علينا الوقوف على مختلف هذه المعاني بقصد تحديد معناها وتوضيح مرماها . والواقع ان هذا الاختلاف في المصطلحات المعتمدة كان له اكبر الاثر في تعقيد المشكل مما جعل فهم موضوع الخيرة ليس بالامر الهين على الباحث وعلى الدارس على حد سواء . وسبب هذا الاشكال في الحقيقة يرجع الى الصور المختلفة للفعل الذى تتوافر فيه شرائط المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية . هذا ولما كان في الراجح ، فقهاء وقضاء وتشريعا الابقاء على التمييز بين نظامي المسؤولية المدنية ، فان الفعل الذى تتوافر فيه مثل هذه الشروط مجتمعة يثير في الغالب فروضا متعددة ومعقدة ينبغي حسمها وذلك بتسليط الضوء على مختلف جوانبها ، محاولين في النهاية على غرار الفقه رفع اللبس الذى يكتنف بعض هذه المصطلحات المعتمدة في معالجة قضية الخيرة .

ومعلوم انه اذا كان الفقه على اختلاف مشاربه قد عالج مشكل الخيرة فان الفقهاء لم يختلفوا فقط في الحلول التي انتهوا اليها بل اختلفوا ايضا في تحديد المضامين الدالة عليها والمعتمدة اساسا لبحثها .

ولقد استقر الراى اليوم على ان مشكل الخيرة ، من حيث دلالته اصبح قاصرا فقط

./.

على الحالة التي يكون فيها العقد قد تم صحيحا بين طرفيه، وثبتت مسؤولية العاقد، للاخلال الحاصل بالالتزام العقدى حيث يثور البحث في امكانية الدائن من مساءلة المدين وفقا للقواعد التقصيرية اولا يجوزله ذلك . .

وعموما فان الفعل الواحد الذى تتوافر فيه شرائط المسؤولتين معا يثير اربعة فروض ينبغي التمييز بينها، الفرض الخاص بالاشتراك بين المسؤوليتين وفرض اعمال المسؤوليتين على التعاقب وفرض الجمعين المسؤوليتين واخيرا فرض الخيرة بين المسؤوليتين .

1 - الاشتراك بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية :-

هذا الفرض يتحقق غالبا في الحالة التي يكون فيها العقد قد تم ولكن المتعاقد لا يكون مسؤولا وفقا للقواعد العقدية بسبب ما تضمنه العقد من شروط الاعفاء من المسؤولية . فهل يكون اذن من السائغ مساءلة المدين وفقا للقواعد التقصيرية على اعتبار ان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية المدرج في العقد لا يمس المسؤولية التقصيرية التي تعتبر من النظام العام . وشروط الاعفاء من المسؤولية كما هو معلوم جائزة في نطاق العقد بقول القانون في المادة 178/2 مدني جزائرى التي تجيز صراحة الاتفاق على اعفاء المدين من اية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذه للالتزام العقدى باستثناء حالة الغش والخطا الجسيم . .

فهل يجوز للدائن اذن عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدى دون غش منه او خطأ جسيم ان يسأله وفقا للقواعد التقصيرية .

والواقع ان فيالمسالة خلاف في الراى . فهناك اتجاه يقضي بانه لما كانت المسؤولية التقصيرية من النظام العام فعلى الدائن الذى لم يظفر بحقه وفقا للقواعد العقدية ان يتقدم الى القضاء بصفته شخصا عاديا ليحميه القانون وفقا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية هذا فضلا عن ان العاقدين لا يستطيعان استبعاد

./.

المسؤولية التقصيرية اتفاقا في العقد . لتعلقها بالنظام العام الذى يدمغ اى اتفاق مخالف له بالبطلان وهكذا فهي تظل بذلك قائمة ـ بالضرورة ـ الى جانب المسؤولية العقدية التي لا تستطيع ان تستبعدها . وعليه يمكن القول ان كل ما يكون بمقدور العاقدين فعله هو استبعاد المسؤولية العقدية المترتبة على عدم تنفيذ احدهما لالتزامه العقدى دون النيل من قواعد المسؤولية التقصيرية اما الراى الاخر فهو يرى بأن المسؤولية العقدية تجب المسؤولية التقصيرية (1) وسوف نتناول هاذين الاتجاهين الفقهيين بشيء من التفصيل في حينه، ببيان دعائمه واسسه دون ان نغفل مواطن ضعفه كل ذلك منعا للتكرار .

2 ـ اعمال المسؤوليتين على التعاقب :-

وتتمثل هذه الصورة الثانية في الحالة التي يتحقق فيها العقد، ويكون المتعاقد مسؤولا وفقا للقواعد العقدية . فهل يجوز مع ذلك ان تطبق عليه قواعد المسؤولية التقصيرية لكي يحصل الدائن على تعويض تكميلي .

والواقع ان هذه الصورة على نقيض سابقتها، لا تثير في حقيقة الامر اعتراضا جديا من طرف الفقه . لانها مسالة يقتضيها تحديد مجال تطبيق كل من المسؤوليتين . فاذا كانت هناك دعوى عقدية فيمكن ان تزامنها دعوى تقصيرية بحيث يكون كل من المدعي والمدعى عليه واحدا في الدعويين . ولا شك ان كلا من الدعويين في هذا الفرض تهدفان الى الحصول على التعويض ولكن الضرر فيهما ليس واحدا وعلى الاصح ان الخطأ فيهما ليس واحدا .

فاذا اجبر المؤجر المستاجر بالقوة على اخلاء العين المؤجرة فاننا نكون بصدد دعوى عقدية يرفعها المستاجر ضد المؤجر يطلب فيها التعويض على اساس حرمانه من الانتفاع بالعين المؤجرة . كما تعتبر هذه الدعوى في ذات الوقت قائمة على اساس المسؤولية التقصيرية استنادا الى فكرة الاعتداء الذى نزل عنوة بالمستاجر .

---

(1) في هذا المعنى د . احمد سلامة، المرجع السابق، 1975 ـ ص 257 وما بعدها .

./.

وفي هذا السياق ، لا باس من الاشارة الى الحكم الذى الزمت فيه محكمة النقض الفرنسية شركة السكك الحديدية بدفع - فوق قيمة الدراجة التي فقدت اثناء النقل ، تعويضات اخرى عن الضرر الذى اصاب الخصم من جراء تلكئها في اطالة امد النزاع الذى بينها وبين المضرور . لان المحكمة اعتبرت تماطل الشركة في حسم النزاع خطأ مستقلا عن الخطأ الناشيء عن عدم تنفيذ العقد (1) والظاهر ان هذا الحكم ، يفيد مسالة اعمال المسوءوليتين كلا في نطاقها الخاص (2) .

الجمع بين المسوءولية العقدية والمسوءولية التقصيرية :-

ويتحقق هذا الفرض في الحالة التي يكون فيها العقد موجودا ، وتثبت المسوءولية العقدية للمدين ، فهل يجوز ان تطبق عليه قواعد المسوءولية العقدية وقواعد المسوءولية التقصيرية في وقت واحد لكي يتمكن الدائن المضرور من الحصول على اكبر قدر ممكن من التعويض .

والظاهر ، ان كلمة الفقه اليوم منعقدة على منع ظاهرة الجمع بين المسوءوليتين ولم يقل احد من الفقهاء ان المضرور في فعل تتوافر فيه شرائط المسوءولية العقدية والتقصيرية على السواء ، بمقدوره ان يجمع بينهما لكي يحصل بواسطتهما على تعويضين للضرر الواحد (3) سواء كان هذا الجمع بين نظاميهما او افاد الجمع فقط ما يكون الدائن قد اختاره من خصائص كل منهما . فالجمع بصورتيه مرفوض البتة . ويفهم الجمع بالمعنى الاول على اساس ان الدائن يطالب بتعويضين - تعويض وفقا للمسوءولية العقدية واخر وفقا للمسوءولية التقصيرية . وسبب رفض مثل هذا الجمع يكمن في القاعدة التي تقضي بان الضرر الواحد لا يمكن ان يعوض عنه مرتان . اما الجمع بالمعنى الثاني فهو يفيد ان الدائن يطالب بتعويض واحد ولكن على اساس ما

---

(1) راجع مجلة الاسبوع القانوني 1946 ص 34 وما بعدها . مشار اليها في د . عبد الحي حجازى ، النظرية العامة للالتزام ، طبعة 1958 فقرة 638 ص 23 وما بعدها .

(2) د . عبد الحي حجازى ، نفس المرجع ص 23 وما بعدها .

(3) انظر . د . احمد سلامة ، المرجع السابق ، 1975 - ص 259 .

./.

يجمعه في دعوى التعويض بين ما يختاره من مزايا المسوءوليتين . وهذا الجمع ايضا كسابقه مرفوض وغير مستساغ لان الدائن من الناحية القانونية لا يمكن ان تكون له الا دعوى واحدة سواء كانت عقدية او تقصيرية . اما الدعوى التي يخلط فيها بين خصائص كلتا المسوءوليتين فهي ليست بالدعوى العقدية ولا بالدعوى التقصيرية بل هي دعوى هجينة لا يعرفها القانون (1) .

وبناء على ما تقدم لا يمكن للدائن وفقا للجمع بهذا المعنى الاخيران يطالب باصلاح الضرر الذى يكون قد نزل به عن طريق رفع دعوى "عقدية تقصيرية" (2) . تشتمل على المسوءوليتين على ما يوافقه كان ياخذ من هذه قواعد الاثبات ومن تلك مثلا القواعد المتعلقة بسعة التعويض ومده .

واخيرا قد يفهم بمعنى ثالث هو ان الدائن اذا رفع احد الدعويين وفشل فيها ، فانه بامكانه ان رفع الثانية . والفقه الفرنسي بخلاف قضائه ، مجمع على ان قوة الشيء المقضي تحول دون ذلك وعليه فلا يجوز في راى البعض "الجمع" حتى بهذا المعنى " (3) وعلى اية حال فاننا لا نتناول هذه المسالة بالنقاش بل نرجيء بحثها تفصيلا فيما بعد .

4 - الخيرة بين المسوءولية العقدية والمسوءولية التقصيرية :-

ويتحقق هذا الفرض الاخير ، عندما يكون هناك عقد قد تم فعلا ثم ثبتت مسوءولية المدين العقدية . فهل يجوز للدائن ان كانت هذه هي رغبته ان يقاضيه وفقا لقواعد المسوءولية التقصيرية (4) . ومن المفيد ان ننوه في معرض حديثنا الى

---

(1) في هذا المعنى ، السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 757 .
جاستون ستيفاني ، المقال السابق ، في مجلة القانون والاقتصاد ، ص 75 .
بوريس ستارك ، القانون المدني ، الالتزامات ، المرجع السابق ، رقم 174 ص 227 .

(2) جاستون ستيفاني ، المقال السابق ، ص75 وما بعدها .

(3) د .عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص 20 وما بعدها .

(4) مارتين ، الرسالة المشار اليها ، ص 18 وما بعدها .
بوريس ستارك ، القانون المدني ، الالتزامات ، المرجع السابق ، ص 227 وما بعدها .

./.

ان هذه المسالة لم تتوحد فيها الحلول سواء على الصعيد الفقهي او القضائي (1) ويبدو ان الراى فيها منقسم بين اتجاهين رئيسيين . الاول يقضي بعدم جوازها معللا رايه على حقيقة انه ما دام القانون قد اوجد نظاما خاصا للمسوءولية العقدية فيجب منطقيا تطبيق قواعد تلك المسوءولية متى توافرت شرائطها ولا يجوز من ثم للدائن ان يلجأ الى غيرها من القواعد (2) فان خالف كان في ذلك خرق للقانون وللارادة الشارعة فضلا عن ان النصوص الناظمة للعقد تصبح عبثا في عبث (3) وتاكيدا لهذه النظرة الرافضة للخيرة يقرر الاستاذ السنهورى ما يلي " ان الدائن لا تكون له الا الدعوى العقدية ذلك ان الالتزام العقدى الذى صار المدين مسوءولا عنه لم يكن قبل وجود العقد التزاما في ذمته" . ويضيف في نفس هذا السياق ما يلي " لو فرض انه قبل ابرام العقد لم يقم به ولم يكن مسوءولا عن ذلك لا مسوءولية عقدية ، لان العقد لم يبرم ولا مسوءولية تقصيرية اذ لا خطا في عدم قيامه بامر لم يلتزم به ، فاذا ابرم العقد قام الالتزام في الحدود التي رسمها هذا العقد وهي حدود لا يترتب عليها الا المسوءولية العقدية ، وليس للدائن ان يلجا الى المسوءولية التقصيرية اذ هي تفترض ان المدين قد اخل بالتزام فرضه القانون والالتزام في الحالة هذه لا مصدر له غير العقد ويتبين من ذلك ان الخيرة لا تكون الا في التزام فرضه العقد والقانون معا" (4) .

اما الاتجاه الثاني فيقضي بجوازها على اعتبار ان المسوءولية التقصيرية من النظام العام وهي موجودة دائما بجانب المسوءولية العقدية وهذه الاخيرة لا تستطيع ان تدحضها او تستبعدها . وفي هذا السياق يقرر الاستاذ " بونكاز" بان المبدا العام في المسوءولية المدنية كما يوضحه النظام القانوني الحالي ، يجد اساسه في المواد 1382 وما بعدها وهي المواد الخاصة بالمسوءولية التقصيرية اما

---

(1) راجع بران ، الرسالة المشار اليها ، ص

(2) راجع جاستون ستيفان ، المقال السابق ، ص 81 وما بعدها .

(3) راجع عبد الحي حجازى ، المرجع السابق ، ص 22 فقرة 636

(4) د . السنهورى ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 761 .
في هذا المعنى د . سليمان مرقس، مذكرات في الفعل الضار ، 1948 ، ص17 .

./.

المسؤولية العقدية فهي في الواقع مشتقة عنها ولا تعتبر سوى من قبيل الملاءمة الخاصة بها . وعليه فان المسؤولية التقصيرية من شانها ان تتدخل في اى وقت .

ومن الفقهاء المصريين المؤيدين لهذا الراى الاستاذ مصطفى مرعي الذى يقول "بانه اذا اتفق طرفا عقد من العقود على منع مسؤولية احدهما اذا خالف العقد في احد نواحيه فالاعفاء من المسؤولية لا يتناول الا الواجبات التي يفرضها العقد على العاقد اما الواجبات التي لا صلة لها بالعقد فلا يشملها الاعفاء ويسال عنها صاحبها مسؤولية خطيئة ولان القواعد التي ترتب المسؤولية عن الخطأ مرتبطة بالنظام العام (1) .

هذا وتجدر الاشارة الى ان هناك فريقا ثالثا يجيزها فقط في حدود معينة كالحالة التي يكون فيها الاخلال العقدى مكونا لجريمة جنائية او كان نتيجة لغش المدين او خطئه الجسيم (2) .

وسوف نتناول هذه الاراء في حينها ،عندما نتعرض للنظريتين المتعارضتين بشأن الخيرة .

المبحث الثاني : كيفية طرح مشكل الخيرة .

لا شك ان ضحية الضرر ،قد تجد احيانا مصلحة في الاستناد الى النظام التقصيرى بدلا من البقاء في الحقل التعاقدى ،فتؤسس دعواها على قواعده لانها تعتبر اكثر ضمانا في اقتضائها حق التعويض كاملا (3) .

---

(1) مصطفى مرعي ،المسؤولية المدنية ،فقرة 28 .
(2) راجع د . محمود جمال الدين زكي ، مشكلات ،المرجع السابق .
بران ،الرسالة المشار اليها ،فقرة ص
مارتين ،الرسالة المشار اليها ، ص
(3) راجع بوريس ستارك ،المرجع السابق ،رقم 175 وما بعدها .

وهكذا فان البحث في امكانية تخويل المضرور مثل هذا الحق في الاختيار والسماح له بهذا الاجراء الجديد هو بعينه ما اصطلح عليه فقها " بالخيرة" ولو ان اقلام بعض الفقهاء - اعتادت - على تسمية خاطئة له اذ وصفوا هذه الظاهرة القانونية بوصف الجمع الذى ثبتت عدم صحته كما راينا (1) .

ولقد راينا المعنى المراد من الجمع، وهو المعنى الذى يستحيل اعتماده كاساس سليم لهذا البحث ( ) لان المضرور من الناحية القانونية لا يستطيع ان يجمع بين دعويين للحصول على تعويضين اصلاحا لنفس الضرر. والواقع ان هذا الفرض لا يمكن تصوره من الناحية المبدئية الا في الحالة التي ينشأ فيها ضرران مستقلان ومختلفان من حيث المصدر، يستوجبان قيام مسؤولية المدين العقدية الى جانب قيام مسؤوليته العقدية .

كما انه لا يستطيع كذلك، ان يجمع في دعوى هجنية ما يراه مناسبا للحصول على اكبر قدر ممكن من التعويض لان الدائن هنا يكون قد اختارفي الحقيقة نظاما ثالثا غريبا عن القانون (2) .

لذلك فان مسألة" الخيرة" تتعلق في المقام الاول - بامكانية السماح للمضرور- انيختار او لا يختار بين نظامي المسؤولية المدنية عند توافر شرائط كل منهما - للمطالبة بالتعويض عما يكون قد اصابه من اضرار (3) .

ومشكل الخيرة بهذا المعنى ، قد يصعب اثارته وبحثه في غير النظام القانوني القائم على ازدواج المسؤولية المدنية . فلا يمكن ان يثار مثلا في نظام قانوني قائم على وحدة نظام المسؤولية المدنية . ولعل هذا الاعتبار هو الذى دفع البعض من انصار وحدة المسؤولية، الى القول بان حل مشكل الخيرة لا يمكن ان يتم الا عن

---

(1) راجع مارتين، الرسالة المشار اليها، ص 18 وما بعدها .
(2) راجع، جاستون ستيفاني ، المقال السابق، ص 75 وما بعدها .
(3) راجع د . عبد الحي حجازى، المرجع السابق، ص 22 وما بعدها .

./.

طريق اقتطاع جذوره من الاساس، وهو الاساس المتمثل في نظرية ازدواج المسؤولية .

وهكذا اصبح هدف القضاء على نظرية الازدواج ، في راى انصار الوحدة اسلوبا قويا وحجة قاطعة لوأد المشكل قبل ولادته . لذلك تركزت كل محاولاتهم في هذا الاتجاه لهدم نظرية الازدواج ذاتها . فوجهوا لها انتقادات كثيرة وقرروا ان المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية او تقصيرية فهي من ذات الطبيعة وتقوم على نفس الاسس والاركان .

ويقتضي الطابع العام لمشكل الخيرة في الحقيقة ، ضرورة الوقوف على كل ما قيل فيها من اراء سواء من حيث كيفية طرحها او طريقة تفسيرها وتاويلها او من حيث الاسباب القانونية التي حدت بالشراح الى قبولها او رفضها .

ولقد ظل شراح التقنين المدني الفرنسي مدة طويلة متمسكين اشد التمسك بالتفرقة القائمة بين الخطأ العقدى والخطأ التقصيرى وذلك على تقدير ان المادة 1147 منه كانت تعد بمثابة الشريعة العامة للمسؤولية العقدية . ولقد ترتب على هذا الوضع الجديد في منطقهم ـ نتيجة بالغة الخطورة وهي ان الخطأ العقدى في العموم يكون مفترضا في حين ان الخطأ التقصيرى هو واجب الاثبات باقامة الدليل على وجوده . ولقد راينا مدى ما يعاني منه هذا الراى من قصور في التحليل ومن ضعف في الاساس، كما انه يخالف الاصول السلمية لقواعد الاثبات ويقوم ايضا على تصورات غريبة تنم عن التحليل غير العميق الذى تناولوا به فكرة الخطأ (1) الذى اصبح معناه عند البعض ينطوى على فكرة الاخلال ويعتبر من ناحية اخرى منشئا للالتزام . وعند هؤلاء لا يتحقق الاخلال الا مع افتراض قيام التزام سابق يحدده تارة القانون وتارة اخرى يفرضه العقد (2) .

(1) مارتين ، الرسالة المشار اليها ، ص 21 وما بعدها .
(2) بلانيول ، المطول في القانون المدني ، الجزء الثاني ، الطبعة الخامسة ، فقرة 873 .

./.

والظاهر،ان هذا التحليل الجديد لفكرة الخطأ،من انصار الوحدة، قد اثبت نتيجة هامة مفادها ان التفرقة المزعومة بين الخطاين التقصيرى والعقدى ليست صحيحة فضلا عن ان طبيعة الالتزام الذى حصل الاخلال به لا توثر بشكل او بآخر على مضمون الخطأ،الذى يبقى دائما متمثلا في فكرة الاخلال ذاتها .

ومهما يكن من امر سلامة هذا التعريف الجديد للخطأ من طرف انصار الوحدة،فان الفقد الفرنسي الحديث،مستقر اليوم على موقف اقل اطلاقا بالنسبة للمسوءولية المدنية : فيعترف بازدواج نظامها وليس بازدواج جوهرها والذى يعتبر نتيجة تطور تاريخي طويل (1) فضلا عن انه تمليه حقيقة الاختلاف الموجود بين العقد والقانون (2) .

فالعقد اذن من الناحية الفنية،هو صبغة للارادة العاقدة ووسيلتها في تحقيق مصالحها الخاصة . اما القانون فهو على العكس،ميثاق الجميع والمجسد الحقيقي للارادة الجماعية ووسيلتها في صون مصالحهم العامة (3) .

وهذه النظرة - فيما يبدو - هي التي دفعت المشرع الفرنسي والتشريعات الاخرى التي حذت حذوه الى الابقاء على نظامين للمسوءولية المدنية نظام خاص بالعقد واخر عام بالقانون يعكسان الفروق بينهما من عدة وجوه .

<u>المبحث الثالث</u> : نطاق تطبيقه .

لقد سبق ان اوضحنا - ان الفعل الذى تتوافر فيه شرائط المسوءولية العقدية والمسوءولية التقصيرية يثير فروضا مختلفة،من بينها فرض الخيرة والذى يتحقق عندما يكون هناك عقد صحيح تثبت مسوءولية المدين العقدية . فهل يكون من الجائز قانونا السماح للدائن المتضرر - ان كانت هذه هي رغبته - الانتقال الى النظام العمومي والاحتجاج بقواعده . بدلا من النظام الخاص التعاقدى .

---

(1) اندري بران،الرسالة المشار اليها،ص 110 وما بعدها .
(2) راجع،د . احمد سلامة : المرجع السابق،ص 257 وما بعدها .
(3) انظر مارتين،الرسالة المشار اليها،ص 22 وما بعدها .

./.

ومن الواضح ان الخيرة بهذا المعنى ، يجب لقيامها بداهة ، توافر جملة من الشروط ، هي في الحقيقة الشروط المتطلبة لقيام المسؤوليتين معا (1) وشرائط المسؤولية التقصيرية بانواعها هي الفعل الضار والضرر ورابطة السببية بينهما (2) والفعل الضار في المسؤولية الشخصية هو الخطأ ، الذى مازال يفتقر الى تعريف جامع لافراده ، ومانع لاضداده ، وذلك لتغير مفهومه ، ولهذا اصبح اثبات وجوده في الغالب متروكا لتقدير القضاة على هدى الشارع وانطلاقا من بعض المبادئ التي وضعها وبناء عليه ، يتحقق الخطأ ، في كل مرة تحدث فيها - من الناحية المدنية ، مخالفة لنص قانوني اما بسبب فعل ايجابي او سلبي وهذا الخطا واجب الاثبات ، وذلك باقامة الدليل على الوقائع المحددة التي تفيد انحرافا في السلوك - ادى الى تحقق النتيجة الضارة . غير انه بالنسبة للمسؤولية عن فعل الغير (باستثناء مسؤولية المتبوع (3)) او فعل الشيء ، فان المشرع تبنى نظام القرائن . اى افتراض الخطأ في جانب المسؤول . وهكذا نجد القضاء في مثل هذه الاحوال يقرر بافتراض قيام المسؤولية في هذه الاحوال (4) .

---

(1) انظر ، بوريس ستارك ، المرجع السابق ، رقم 207 من 227 الى 259 .
د . عبد الحي حجازى ، المرجع السابق ، فقرة 636 ص 22 وما بعدها .
مارتين ، الرسالة المشار اليها ، ص 22 وما بعدها .

(2) وفي نطاق المسؤولية العقدية ، يضاف الى هذه الشروط الثلاثة ، شروط اخرى ، كما راينا تتعلق بضرورة وجود عقد صحيح بين المضرور والمسؤول وان يحصل الاخلال بالالتزام الذى رتبه العقد في ذمة احد العاقدين . . (راجع ما سبق عرضه ومناقشته في الفصل الثاني من هذا البحث ، ص وما بعدها .

(3) يلاحظ بان مسؤولية المتبوع عن افعال تابعه والمنصوص عليها في المادة 136 مدني جزائرى هي مسؤولية حاصلة بقوة القانون وليست مفترضة ، لا افتراضا بسيطا كمسؤولية متولي الرقابة (المادة 134 والمادة 135 مدني جزائرى) ولا افتراضا قاطعا كالمسؤولية الناشئة عن الاشياء ، والمنصوص عليها في المواد 138 وما بعدها .

(4) انظر مارتين ، الرسالة المشار اليها ، ص 23 وما بعدها .
د . محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام ، 1982 ص 118 .

اما عن ركن الضرر، فيجب القول، بانه ركن ضرورى لقيام المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية او تقصيرية، اذ لا مسؤولية مدنية بدون ضرر . والضرر قد يكون ماديا وقد يكون معنويا .

واما الركن الاخير، فهو الذى يتعلق بضرورة اسناد الضرر الى فعل المسؤول وهو الامر الذى لا يتحقق في واقع الامر الا عن طريق اثبات ما يسمى برابطة السببية بين الفعل الضار والنتيجة الضارة . وهذه العلاقة بينهما يجب ان تكون مباشرة، فلو كانت غير مباشرة بين الخطأ والضرر لا تقوم المسؤولية . وتكون السببية مباشرة، اذا كان الخطأ هو السبب المباشر في احداث الضرر بحيث ما كان هذا الاخير ليقع لولا وجود الخطأ .

وعلى العموم فان الاجماع منعقد اليوم فقها وقضاء وتشريعا على ان مسؤولية الشخص لا تثبت بصفة يقينية الا اذا قامت رابطة السببية مباشرة بين الضرر الحاصل والفعل المنتج له . سواء اسند هذا الفعل الى الشخص ذاته (المادة 124) او كان الفعل منسوبا الى الشيء الذى في حراسة الشخص (المادة 138 و 139 / مدني جزائرى) او كان هذا الفعل منسوبا الى الغير تابعا كان (المادة 136/م) او موضوعا تحت الرقابة (1) (المادة 134 و 135 مدني) .

ومن المفيد ان ننوه الى ان مسالة رابطة السببية لا تطرح دائما بنفس الكيفية في كل الاحوال . فهي لا تطرح مثلا في المسؤولية الخطئة طرحها في المسؤولية الشيئية او المسؤولية الغيرية .

ففي نطاق المسؤولية الخطئة، يقرر الفقه الفرنسي، ضرورة التفرقة بين الخطأ العمدى والخطأ غير العمدى . ويرون بانه في الحالة الاولى لا يثير مشكل تحديد علاقة السببية، بالنسبة للقاضي اية صعوبة، حيث يقبل وبدون تردد توافرها بين

---

(1) د . نور الدين تركي، المرجع السابق، ص 172 وما بعدها .

الضرر والفعل المشوب بخطأ عمدى . والسبب في ذلك يرجع الى ان المتعمد ينوى دائما النتيجة الضارة اما في حالة الاهمال اوعدم التحوط، فان المسوءولية عندهم لا تقوم الا اذا كانت السببية بين الضرر والخطأ غير المعمدى، مباشرة، فاذا كانت غير مباشرة فلا مسوءولية .

وبالنسبة للمسوءولية الشيئية، يلاحظ ان الحارس لا يكون مسوءولا الا عن الاشياء التي تعتبر وسيلة في احداث الضرر او بعبارة اخرى ان الشيء الذى في حراسته يعتبر هو السبب المنتج للضرر (fait générateur) .

اما بالنسبة للمسوءولية الغيرية، فيمكن القول انها لا تطرح صعوبات كثيرة، في مجال السببية . ذلك انه بمجرد ان يقع الضرر بخطأ التابع او الموضوع تحت الرقابة تقوم مسوءولية المتبوع او متولي الرقابة اتباعا . وهكذا، فان كل ما يشترط لقيامها هو ان يقع خطا من التابع او الموضوع تحت الرقابة يكون هو السبب في احداث الضرر للغير . هذا مع مراعاة الاحوال التي يكون فيها التابع او الموضوع تحت الرقابة حارسين للشيء .

ومعلوم ان القانون المدني الفرنسي لم يوضح ضرورة وجود علاقة السببية المباشرة الا في نطاق المسوءولية العقدية (المادة 1151 مدني)، لكن المحاكم هناك، اكدت صلاحية هذا المبدأ حتى على الصعيد التقصيرى، فقررت انطباقه على المسوءولية المدنية بصفة عامة .

وهذا ما يوءكده عندنا نص المادة 182 / 1 مدني جزائرى، والواقع ان ورود هذا النص في الفصل الثاني المتعلق بالتنفيذ بطريق التعويض، يقطع في راينا بضرورة السببية المباشرة في النطاق العقدى والتقصيرى على حد سواء .

والخلاصة التي يمكن ان ننتهي اليها هي ان الفقه والقضاء الفرنسيين لم يستطيعا البت في قضية علاقة السببية بصفة نهائية . ويرجع ذلك الى الطابع الفلسفي الذى تتسم به لانها ليست في الحقيقة فكرة قانونية خالصة . بل تمد القاسم

./.

المشترك لمختلف فروع المعرفة الانسانية . لان كل علم - في الجوهر - يُعنى اساسا بتحديد ما ينشأ من صلات او روابط بين مختلف الظواهر التي يدرسها .

وفكرة السببية كما هو معلوم تختلف عن قانون السببية لان هذا الاخير يفيد ان لكل واقعة سببها وان السبب الواحد ينتج دائما عين الاثار، وهو القانون الذى تسلم به كل نظريات السببية . غير ان فكرة السببية، تُعنى اساسا بالبحث في معيار الصلة ذاتها التي تربط بين ظاهرتين تجعل احداهما سببا للاخرى بالضرورة . بمعنى انه اذا كان حدوث واقعة ما يستتبع على نحو لازم وضرورى وحتمي حدوث واقعة اخرى تالية لها، فمعنى ذلك ان الاولى سبب للثانية، او ان الثانية نتيجة للاولى ، ومن الملاحظ، ان فكرة الضرورة او اللازوم هذه، تبقى من الناحية الفلسفية دائما في حاجة الى تحديد .

والواقع ان هناك عدة نظريات قيلت في علاقة السببية (1) وهي فيما يبدو

---

(1) وعموما فان هناك نظريات كثيرة، في علاقة السببية، نذكر من بينها نظرية تعادل الاسباب التي تقرر المساواة بين جميع العوامل التي ساهمت في احداث الضرر (وصاحبها هو فون بورى) ونظرية السببية الكافية التي تذهب الى التمييز بين العوامل التي ادت الى احداث النتيجة الضارة والاعتداد فقط ببعضها دون البعض الاخر، (وصاحبها هو فون كرايز) ونظرية السبب الاقوى التي تستوجب اختيار اقوى الاسباب مساهمة في احداث النتيجة الضارة واستبعاد ما دونها ، ونظرية اختلال التوازن التي تعتبر ان حدوث النتيجة هو ثمرة لتفوق العوامل التي تتجه الى احداثها عن تلك التي تحول دون حدوثها ونظرية السبب الاخير التي تعتد اساسا باخر الاسباب من حيث الترتيب الزمني تدخلا في التسلسل السببي - فتعتبره سببا للنتيجة، ونظرية التفرقة بين القوى المتحركةوالحالات الساكنة التي تميز بين نوعين من العوامل، عوامل تنطوى على قوى متحركة متجهة الى احداث النتيجة وعوامل اخرى ساكنة مستقرة، فالاولى دورها ايجابي اما الثانية فدورها سلبي ، وعليه فكل سبب ينتمي الى الطائفة الاولى يعتبر سببا للنتيجة وكل سبب ينتمي الى الطائفة الثانية فلا يعتبر سببا للنتيجة . والجدير بالذكر ان فقهاء الشريعة الاسلامية يقولون بنظرية المباشرة ونظرية التسبب، تلك هي اهم النظريات التي قيلت في علاقة السببية (راجع على الاخص د . محمود نجيب حسني ، في السببية، رسالة دكتوراه 1954 .

./.

نظريات تعتمد في تحليلاتها - الى حد كبير - على المنطق المجرد متجاهلة بهذا النواحي العملية التي تتسم بها احيانا . لذلك كان لا مفر من ادخال الدور الذى يمكن ان يلعبه القاضي في تحديدها بحسب الظروف والملابسات التي تحيط بالقضايا المطروحة ،فيجبر في حالة تداخل الاسباب،على انتقاء ما يعتبر منها منتجا ومباشرا في احداث الضرر .

هذا ولا يعتد بالسببية الا اذا كانت محققة ،فان استحال اثباتها تعين على القاضي ،رفض دعوى المسؤولية لانها في هذه الحالة غير محققة ولقد تقرر هذا المبدأ في القضاء الفرنسي خاصة في الفرض الذى يكون الضرر قد حدث من شخص مجهول غير معين بالذات موجود مع اشخاص متاكد من ان الضرر قد وقع من احدهم دون التحقق من ذاتيته .

واخيرا يخضع اثباتها للقواعد العامة في الاثبات،فيقع عبء اثباتها على من يدعي خلاف الاصل وهو براءة الذمة . فاذا نجح المدعي في اثباتها ،فلا يكون على المدعي عليه الذى يريد التخلص من مسؤوليته الا ان يحاول قطع تلك السببية بين فعله والنتيجة الضارة .كان يثبت السبب الاجنبي مثلا ، وفقا للمادة 127 مدني جزائرى (1) .

المبحث الرابع : الخبرة والقانون المقارن .

اولا يبدو من العسير جدا بحث مشكل الخبرة في فقه الشريعة الاسلامية لان "المسؤولية المدنية" او ما يعبرون عنه بالضمان لم يكن يعرف ازدواجا في التنظيم على غرار ازدواج نظام المسؤولية المدنية في الوقت الحاضر . وعلى هذا الاساس كانت نظرية الضمان في الشريعة الاسلامية ،موحدة (2) ولم يكن الفصل بين الضمان

---

(1) وراجع المادة 121 والمادة 307 من القانون المدني الجزائرى .
وراجع د . نور الدين تركي . المرجع السابق ،ص 179 وما بعدها .

(2) راجع . حسن الخطيب،الرسالة المشار اليها ،ص 32 وما بعدها .

./.

"العقدى" والضمان" التقصيرى" بنفس الاهمية التي نجدها في القانون الفرنسي والقوانين التي حذت حذوه . وعلى هذا يمكن القول مع البعض، بان من المسلم به ان النظرة الاسلامية لفكرة الضمان او المسوءولية، كانت نظرة موحدة غايتها تعويض المضرور (1) في اى حقل كان ،

ويوءيد راينا ما ذهبت اليه المجلة المدلية، والتي خصصت قواعدا عامة للتطبيق في كلا الحقلين (راجع كتاب الغصب والاتلاف) .

وبناء على هذه الحقائق السالفة، لا يمكن من الناحية المبدئية اثارة مشكل الخيرة .

اما بالنسبة للقانون الروماني والقوانين القديمة الاخرى المتاثرة به، فان الدراسات التاريخية، اثبتت بصفة قاطعة عدم ورود دلائل كافية تفيد تناولها للمشكل على النحو الذى اثير به في القوانين المعاصرة. لذلك بات بحث مشكل الخيرة في مثل هذه القوانين القديمة، مجردا من اية اهمية، نظرا للاسلوب الخاص الذى تناولوا به المسوءولية المدنية (2) بنوعيها عقدية كانت ام تقصيرية .

ولكن بعض التشريعات الحديثة تعرف بالفعل ازدواجا في التنظيم بين المسوءوليتين . نظام خاص بالمسوءولية العقدية واخر عام بالمسوءولية التقصيرية . لذلك كان لا مفر من بحث هذه التشريعات والتاكد فيما اذا كانت نصوصها المختلفة تسمح او لا تسمح بامكان قيام الخيرة بينهما . ثم نحاول بيان مختلف الاتجاهات القضائية في هذا الشان فنبين اسس الاحكام والمبادىء القانونية التي ارتكزت عليها .

---

(1) راجع د . حسن الخطيب، الرسالة المشار اليها، ص 32 وما بعدها .
(2) راجع بران، الرسالة المشار اليها، ص
مارتين، الرسالة المشار اليها، ص 27 وما بعدها .

ولقد راينا ،الاقتصار على بعض القوانين فقط كالقانون الالماني والقانون السويسرى والقانون البلجيكي ،لانها تعتبر قوانينا حديثة نسبيا وتاخذ على غرار القانون الفرنسي بالنظام المزدوج للمسوءولية المدنية وان كان بعضها يختلف عنه في الحلول التي توصل اليها القانون الفرنسي . اما بالنسبة للقانون المصرى ،فقد ارتاينا ان نوازن بينه وبين القانون الفرنسي كلما اقتضت الضرورة ذلك . .

1 - القانون الالماني ومسالة الخيرة :-

لو رجعنا الى القانون الالماني وتصفحنا نصوصه ،امكننا القول ،بان هذا القانون كان يميز بين دعويين ،الاولى عقدية والثانية تقصيرية ،اما الدعوى العقدية فكانت لا تقوم الا في الحالة التي يثبت فيها الدائن عدم تنفيذ المدين لالتزامه غير ان الدعوى التقصيرية كانت لا تثور الا في الاحوال التي يتحقق فيها خطأ من المدين . وهو الامر الذى كان يتعين فيه على المضرور ،لامكان الاحتجاج بهذا ـ ان يثبته وذلك باقامة الدليل عليه في جانب المسوءول (1) كما ان القانون الالماني ايضا اوجد قرائنا كثيرة لصالح المضرور وذلك ليسهل عليه اثبات الخطأ الذى يكون قد تسبب فيه الشخص المسوءول .

هذا ويلاحظ البعض ان المسوءولية العقدية ،في القانون الالماني لا زالت تتسم بتنظيم دقيق ومحكم بل ويعرف هذا القانون مبدأ عاما للمسوءولية التعاقدية عن فعل الغير وهذا ما توءكده المادة 278 مدني الماني . التي تجعل المدين مسوءولا عن خطا نائبه او ممثله القانوني بل وعن كل الاخطاء التي يرتكبها الاشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ التزاماته التعاقدية . ومسوءولية المدين عن هوءلاء كمسوءوليته عن اخطائه الشخصية تماما .

واذا كانت المسوءولية العقدية في القانون المدني الفرنسي ،على حد راى البعض

---

(1) راجع مارتين ،الرسالة المشار اليها ،ص 27 وما بعدها .

./.

مستقلة عن المسؤولية التقصيرية ،فان الوضع في القانون الالماني -على خلاف ذلك حيث يرى بامكان ان يترتب على الفعل الواحد ،وفي ذات الوقت،اخلال بالتزام عقدى وجرم مدني . ليستخلص في النهاية بامكان قيام الدعويين معا . الدعوى العقدية والدعوى التقصيرية ،وهذا ما يؤكده القضاء الالماني ايضا ،ليكون للمضرور -على هذا النحو..ان يختار بينهما (1) .

ولكن بعض الفقهاء في فرنسا ،تفسيرا لهذا المسلك الالماني ،يرون بان هذه الوضع القانوني لا يتعلق بفكرة الخيرة ،وانما يتعلق بفكرة الاشتراك بين الدعويين(2) لان القضاء الالماني ،يقول بتاثير دعوى على اخرى على النحو الذى لا يسمح فيه ببقاء الدعوى الثانية حالة قبول الاولى . اما قانون الخيرة في نظرهم فهو لا يقوم على مثل هذا التصور القانوني في حقيقة الامر،بل يتاسس على فكرة اخرى تفيد فقط" المفاضلة بين الدعويين" اى الاختيار بينهما . ليكون للمضرور عقديا ،والحالة هذه ،ان يتمسك بهذه بدل تلك او لا يكون له ذلك ،دونما اى اعتبار للتاثير بين الدعويين احداهما على الاخرى .

وتجدر الاشارة الى ان القانون الالماني ،فيما يتعلق بمدى فعالية الشروط المحددة للمسؤولية، قد قرر خلافا للنهج الفرنسي ،بفعالية هذه الشروط ليس فقط على الصعيد التعاقدى بل اعترف بفعاليتها بصفة مطلقة سواء بالنسبة للمسؤولية العقدية او المسؤولية التقصيرية . حيث اعتبر ان مثل هذه الشروط ان وجدت في بند من بنود العقد ،لا تحد فقط من المسؤولية العقدية بل يمتد اثر تحديدها الى المسؤولية التقصيرية في حالة ثبوت شروط قيامها .

---

(1) ويشارك القضاء الالماني في هذا الحل ،كل من القضاء البريطاني وقضاء الولايات المتحدة الامريكية ،راجع باديس، مسالة اجتماع المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في القانون المقارن ،
جازيت دي باليه 1974 - 1 - فقه - ص 309 وما بعدها .

(2) مارتين ،الرسالة المشار اليها ،ص 27 وما بعدها .

./.

والواقع ان القانون الالماني ،استطاع بهذه الطريقة الفنية الجديدة ان يضيق الى ابعد مدى من مشكل الخيرة،طالما ان نظامي المسوءولية المدنية فيه سوف تعرف نوعا من التقارب من حيث الاثار . وهكذا فان الاعتراف للعقد بالقدرة على التغيير في احكام المسوءولية التقصيرية يكون معناه من الناحية المنطقية ،تضييق من نطاق الخيرة ،باسلوب اخر نحو ازالة فكرة المفاضلة . وعلى هذا الاساس،يقرر البعض،ان مفهوم الخيرة ان وجد حقيقة في القانون الالماني ،فهو يختلف عن مفهومه في القانون الفرنسي (1) .

2 ـ القانون السويسرى ومسالة الخيرة :-

ان القانون السويسرى يأخذ ايضابفكرة الازدواج بين المسوءوليتين ،وهو النظام الذى يترتب عنه ،دعويان مستقلتان الاولى عقدية والثانية تقصيرية . ومن هذه الناحية يقترب كثيرا من القانون الفرنسي .

ومن جهة اخرى ،يقترب هذا القانون بالقانون الالماني ،عندما يوءكد مبدا عاما للمسوءولية التعاقدية عن فعل الغير طبقا للمادة 101 من التقنين السويسرى الصادر في 1911 وهو النص الذى وجده البعض ـ اوسع بكثير من النص المتعلق بالمسوءولية التقصيرية .

هذا واذا كان القانون السويسرى ،يتفق مع القانون الفرنسي والقانون الالماني في اعتناقهما فكرة الازدواجية بين نظامي المسوءولية المدنية ،فان من شان هذا النهج التشريعي ان يثير ايضا قضية الخيرة ،اثارتها في القانونين سالفي الذكر .

ويعتقد البعض انطلاقا من التقارب الكبير الذى يعقدونه بين القانون السويسرى والقانون الالماني ،على النحو الذى سبقت الاشارة اليه ،بان مسالة الخيرة في ظل القانون السويسرى حلت بطريقة اقرب الى الفكرة التي نادى بها الالمان وهي الاشتراك بين المسوءوليتين منها الى فكرة الخيرة التي نحن بصدد معالجتها (2) .

(1) راجع مارتين ،الرسالة المشار اليها ،ص 28 .

(2) مارتين ،الرسالة المشار اليها ،ص 27 وما بعدها .

./.

ولقد قرر القضاء السويسرى ، تاييدا لهذه الفكرة ، وهي الاشتراك بين الدعويين المقدية والتقصيرية ، ان يكون الفعل المستوجب للمسوءولية مشكلا في ذات الوقت لخطا عقدى واخلال لمبدا عام يقضي به النظام القانوني (1) او في عبارة مساوية ان يكون الاخلال بالالتزام المقدى في ذاته اخلالا بمبدا قانوني عام (1) .

ويرى البعض تمليقا على هذا المسلك السويسرى بانه لم يلق الضوء على مختلف الجوانب التي يثيرها مشكل الخيرة ، خاصة عندما علق وجودها على ضرورة ان يكون الاخلال المقدى في ذات الوقت اخلالا بالمبدأ القانوني العام . لان هذا المبدأ الاخير ، يتسم بالمرونة كما يصعب تحديد معناه بدقة ، فضلا عن الاخلال بهذا المبدأ القانوني سوف يتحقق تقريبا في كل الفروض التي يحصل فيها الاخلال بالمقد (2)

وفي نفس هذا السياق يرى البعض بان اتجاه القانون السويسرى في هذه المسالة يكاد يكون اكثر تحيزا لفكرة الجمع التي ثبتت خطورة نتائجها القانونية ، ومع ذلك فان قضاءه يجيز الخيرة بهذا المفهوم ، ويوءكد حق الدائن المتضرر نتيجة الاخلال بالمقد ، في التمسك وفقا لمصلحته بالدعوى المقدية او الدعوى التقصيرية ، ولكن بشرط ان يكون هذا الاخلال في نفس الوقت فعلا غير مشروع وفقا للمادة 41 مدني سويسرى وهي المادة المقابلة للمادتين 1382 و 1383 مدني فرنسي (3) .

وهكذا يتعين وفق هذا التحليل ان تكون الواقعة الضارة في تنفيذ المقد ، موجبة على فرض عدم وجود المقد لقيام المسوءولية التقصيرية او فيها مخالفة لهذا الواجب العام الذى يقتضيه النظام القانوني . وعلى هذا الاساس ، لا خيرة للدائن اذا لم ينسب الى المدين سوى اخلال بالتزام عقدى بحت ، كما لا يمكن اعمالها الا اذا كان هناك ارتباط قانوني بين المقد والضرر (connexité juridique)

---

(1) راجع على الخصوص د . عبد القادر عبد الوهاب ، اجتماع المسوءولية المقدية والتقصيرية في القانون الفرنسي والسويسرى . رسالة جنيف 1963 فقرة 108 وما بعدها .

(2) راجع مارتين ، الرسالة المشار اليها ، ص 28 .

(3) د . عبد القادر عبد الوهاب ، نفس الرسالة ، فقرة 108 وفقرة 109 .

./.

ومن الجدير بالذكر ،ان القضاء السويسرى ،لم يجز الخيرة فقط في الاموال التي يشكل فيها الاخلال بالعقد اعتداء على النفس،لان مثل هذا الاعتداء بالبداهة يعتبر دائما عملا غير مشروع ولكن اجازها ايضا بالنسبة لكل الاضرار المالية عندما يكون الفعل الضار في نفس الوقت اخلالا بالعقد وعملا غير مشروع .

وبناء عليه ،يكون للمضرور عقديا ، حالة توافر الشروط السابقة ، قبل المسؤول عن الضرر دعويان ،الاولى عقدية والثانية تقصيرية يختار بينهما وفقا لمصلحته (1) سواء كان ذلك في المسؤولية الشخصية او المسؤولية الغيرية او المسؤولية الشيئية .

3 - القانون البلجيكي ومسالة الخيرة :-

لقد تبنى القانون البلجيكي ايضا فكرة الازدواج بين نظامي المسؤولية المدنية الا ان الحل الذى انتهى اليه قضاؤه ،يبين بشكل لا يدع مجالا للارتياب، قيام الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية بل ويسمح في راى البعض،بامكانية الجمع بينهما . وهذا ما يؤكده مرارا وفي احكام كثيرة ،بان نص المادة 1382 يعتبر نصا عاما لا يحكم فقط العلاقات غير التعاقدية بل ينبسط سلطانه لحكم العلاقات العقدية ايضا . وهذا ما يستشف من الحكم الذى اصدرته محكمة النقض البلجيكية بتاريخ 1930/02/13 . ولقد اتسع نطاق هذا الحكم، حتى شمل الالتزامات العقدية البحتة التي لا يقم الاخلال بها في الراجح سوى المسؤولية العقدية (2) .

لكن القضاء البلجيكي (3) ،في اواخر اطواره ، قد تراجع عن هذا الموقف المتصلب على اثر الانتقادات الشديدة التي وجهت اليه ، حيث اصبح اكثر توفيقا في تحديد نطاق الخيرة . وهذا ما جعل حكم النقض هناك تؤكد في احكام لاحقة بان المتعهد

---

(1) المحكمة الفدرالية ، 21 ماى 1941 مشار اليه في رسالة د .عبد القادر عبد الوهاب المرجع السابق ،فقرة 178 .

(2) راجع مارتين ، الرسالة المشار اليها ،ص 30 وما بعدها .

(3) استئناف بروكسل 1964/04/8 ،بازيكرنرى البلجيكية 1965 -3-30 .
تورني التجارية، 1962/10/11 بازويكرنرى البلجيكية 1962- 3- 108 .

./.

في عقد الوديعة على الاموال اوعلى الاشخاص لا يرفع بذاته عن هذا الاخير الدعوى التقصيرية ،ليبقى حقه قاصرا فقط في حالة وقوع الضرر على الدعوى الناشئة من العقد . بل ويمكن ان تنشأ دعويان من علاقات قانونية مختلفة متى كانتا تهدفان الى ذات الغاية ، بحيث يستطيع العاقد اللجوء الى الدعوى التقصيرية لتعويض الضرر الذى اصاب امواله كما انه يستطيع اللجوء ايضا الى دعوى الاستحقاق للمطالبة باسترداد امواله ممن هي بحوزته بمقتضى العقد (1) .

4 - التعليق على اشكالية الخيرة :-

ان من اهم الصعوبات القانونية التي يثيرها مشكل الخيرة هي ما يمليه التعارض بين القانون والعقد . وهما كما يرى البعض اعتبارين لا يمكن التوفيق بينهما . لان حرية التعاقد والتي تجد اساسها في القوة الملزمة للعقد ، تطبيها في الحقيقة ما لارادة العاقدين من سلطان - تختلف جوهريا ، عما يمكن ان يفرضه القانون باعتباره بوتقة تنصهر فيه ارادة المجموع ، او باعتباره تعبير صادق لها وفقا لاطار غير محدد تماما الاعتبارات الجوهرية للمجتمع ككل . وعلى هذا فان الارادة العاقدة منطقيا وقانونيا واجتماعيا وفلسفيا تختلف عن الارادة الشارعة من عدة وجوه (2) .

هذا واذا كان من غير المشكوك فيه ، انه يجب على قانون الالتزامات ان يقيم بالضرورة نوعا من التوازن بين هذه الحرية الفردية والنظام الاجتماعي ، تحقيقا للعدل ومحافظة على الاستقرار . ان مثار التساؤل يبقى مطروحا ، لا ريب ، حول الحد الذى

---

(1) نقض بلجيكي ، 1930/02/13 المجلة الفصلية سنة 1931 القضاء البلجيكي - ص704
و راجع. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات ، المرجع السابق ، فقرة77 - ص 539 .
مارتين ، الرسالة المشار اليها ، ص 28 وما بعدها .
جاستون ، ستيفاني ، المقال السابق ، ص 118 وما بعدها .

(2) راجع ما سبق عرضه تفصيلا ، حول الطبيعة المزدوجة للمسؤولية المدنية ، الفصل الاول من الباب الاول لهذا البحث ص وما بعدها .

./.

ينبغـي ان تتوقف عنده هـذه الحريـة او بعبارة اخرى هـل يجب الاعتـراف لـها بكامـل الاثر ولـو علـى حسـاب الاعتبـارات الاجتماعيـة الاخـرى ، ام علـى العكس ليس لـها من قيمـة حقيقيـة الا ما تحتمه المقتضيـات العامـة للهيئـة الاجتماعيـة وفـق منظـور شمولـي تحـدده المصلحـة العليـا لاعضائـه .

ويتضـح من طبيعـة هـذه التسـاؤلات وما يمكـن ان يسفـر عنهـا من مجادلات حقيقية علـى قـدر كبيـر من الاهميـة في نطـاق مشكـل الخيـرة ، وهـي ضـرورة عـدم قصر الخيـرة علـى جـوانبـه الفنيـة فقط بـل يجب ان يشمـل بحثهـا جـوانب اخرى يقتضيهـا طابعـهـا الاجتماعـي وبعدهـا الفلسفـي .

وعلـى ذلك يمكـن التقرير بان الخيـرة من النـاحيـة المنطقيـة ، يتوقـف حلـهـا علـى مـدى امكـان التوفيـق بيـن القـانـون والعقـد ، ومـن النـاحيـة القانونيـة علـى مـدى امكان ملاءمـة قواعـد المسـؤوليـة التقصيـريـة العـامـة مع الظـروف الخـاصـة للعـاقـديـن فـي العـلاقات القـائمـة بينهمـا (1) دون الاخـلال بالمبـادىء المتعارف عليهـا فـي التعامـل ودون النيـل من فاعلية القـوة الملزمـة للعقـود .

وقضيـة الملاءمـة هـذه بيـن القانون والعقد بصفـة عامـة وبيـن القواعـد التقصيريـة العامة مع الظـروف العقديـة للافـراد بصفـة خاصـة تثيـر فـي واقـع الامـر قضيتيـن قانونيتيـن تستدعيهمـا دراسـة موضـوع العـلاقـة بيـن الارادة الخاصـة للفـرد والارادة العـامة للمجموع اى العـلاقـة بيـن العقـد باعتبـاره مترجـم لهـذه الارادة ومعبـر عـن حريـة صاحبهـا . والنظام العـام ، باعتبـاره التعبيـر الصـادق للقـانـون والمعبـر عـن ارادة الجمـاعـة فيـه . لذلـك كـان لا بـد مـن بحـث مـدى شرعيـة هـذه الارادة الخاصـة في اطـار النظـام العـام مـن جهـة وعلاقـة المسـؤوليـة العقـديـة بالنظـام العـام من جهـة اخـرى .

---

(1) انظر مارتين ، الرسالة المشار اليها ، ص 29 وما بعدها .

وبالنسبة لمدى شرعية هذه الارادة في اطار النظام العام، يمكن القول في البداية بان المسؤولية المدنية هي ذلك الجزاء المدني الذى يترتب نتيجة اخلال الشخص بواجباته القانونية العامة او بالتزاماته العقدية. فالاولى تسمى المسؤولية التقصيرية وتجد اساسها في المواد 124 مدني وما بعدها واما الثانية فتسمى بالمسؤولية العقدية والتي تتمثل على الخصوص في فرض الجزاء المدني، على العاقد الذى يكون قد نقض الميثاق الذى قطعه على نفسه عندما اصبح طرفا في العلاقة العقدية.

وفي هذا المتجه القانوني الواضح، كان لا بد على الشارع - مراعاة منه لهذه الظروف التعاقدية الخاصة للاطراف - ان يحافظ على ضرورة ملاءمة المسؤولية العقدية مع طبيعة العقود الكثيرة والمتنوعة، وتحقيقا لنفس هذا الغرض كان لا بد من خلق نظام ياخذ بعين الاعتبار مقتضيات هذه الارادة العاقدة والحرص على عدم وقوع اى اصطدام بينه وبينها. لان نظام المسؤولية العقدية، كما يصفه البعض بحق هو نظام مفصل بدقة على العاقدين ومن ثم فهو لا يصلح لغيرهم من الناس.

وبهذا المفهوم، فان المسؤولية العقدية لا تجد اساسها الا في العقد الذى حصل الاخلال في احد نواحيه، وعليه يتعين الرجوع فيها دائما الى ما قصده العاقدان او كانا يريدانه بالعمل في العقد. اما المسؤولية التقصيرية فهي على الضد - مسؤولية عمومية، تنطبق على كل شخص لا تثبت فيه صفة المتعاقد. وهذا الوصف كما هو معلوم لا يكتسبه الشخص الا اذا كان داخل الدائرة التعاقدية، فاذا وجد خارجها، عد من الاغيار او على الاقل اصبح في ضمهم.

وتاكيدا لهذه النظرة المزدوجة، ذهب القضاء الفرنسي متبوعا بالاغلبية في الفقه هناك الى ابطال الاتفاقات السابقة التي تقع بين الاشخاص بغية التغيير في احكام المسؤولية التقصيرية او استبعاد القواعد الناظمة لها (1) لان المسؤولية

---

(1) غير ان الاتفاقات الرامية الى التشديد فيها، فليس فيها من الناحية المنطقية ما يعارض النظام العام، طالما ان هذا التشديد، يهدف الى تطبيق قواعدها لا الى استبعادها ومن ثم فهي اتفاقات صحيحة.

./.

التقصيرية في الراجح- من النظام العام،فلا تقبل قواعدها الامرة،التعديل او التغيير على خلاف مقتضى الحال (1) .

والخيرة بالمفهوم السابق،اذا كانت لا تثور الا اذا كان الاخلال العقدى سببا مقيما للمسؤولية التقصيرية ايضا،فانه مع ذلك،تظهر صعوبات كثيرة حول طبيعة الالتزام الذى لم ينفذ من طرف العاقد،وهل هو التزام عقدى او على العكس لا يعتبر كذلك،وهذه القضية كما رأينا،تتصل في المقام الاول بموضوع تحديد مضمون العقد .

وعملية تحديد مضمون العقد والوقوف على ما يقتضيه،كما راينا تستدعي رسم نطاق انطباق كل من المسؤوليتين،وهذا ما سبق بيانه في الجزء الاول من البحث،وهي العملية التي ترتبط الى حد كبير بقضية تفسير الارادة المشتركة للعاقدين،وفق ما تمليه طبيعة العقد او تستدعيه بعض المقتضيات الاجتماعية الاخرى (راجع المادة 2/107 مدني جزائرى) ومن هذا المنطلق،اصبحت مسالة تحديد طبيعة الالتزام،موكولة بدرجة كبيرة للقضاة ومناطة الى حد بعيد بالسلطة التقديرية الواسعة التي يتمتعون بها في هذا المجال .

هذا واذا كانت المسؤولية العقدية هي نتيجة الاخلال بالالتزام العقدى وكان العقد هو المظهر القانوني لتوافق الارادة المشتركة لطرفيه،فانه يصح القول بان العقد هو مرآة هذه الحرية العاقدة والتي يقوم مركز ثقلها كما يتجلى من نص المادة 106 مدني جزائرى،على الارادة صانعة العقد ومحددة لاثاره لتصبح في النهاية الاساس الجوهرى والقوى الذى يشيد عليه قانون العقود . ويترتب على ذلك وفق راى البعض،انه لما كانت المسؤولية العقدية من صنع هذه الارادة، فانه يمكن من الناحية المنطقية،استبعاد هذه المسؤولية العقدية اراديا،على تقدير انه اذا كانت الارادة قادرة على انشاء الالتزام فهي قادرة ايضا على انهائه . (2) .

---

(1) مارتين،الرسالة المشار اليها،ص 30 وما بعدها .

(2) راجع مارتين،الرسالة المشار اليها،ص 35 وما بعدها .

./.

والمسؤولية العقدية طبقا لهذا الراى ، يمكن ان تستبعد بطريقتين :-

اولا - اذا كان الاخلال ، داخلا في نطاق العقد ، ولكن غير منصب على التزام عقدى فيه . فاذا ثبت ان واقعة عدم التنفيذ ليست منصبة على الالتزام الذى يفرضه العقد ، اى التزام عقدى ، فان المسؤولية العقدية لا تقوم بل يجب اعمال المسؤولية التقصيرية وحدها . لان العبرة في وجود المسؤولية العقدية ، ليست هي بوجود العقد كما راينا . ولكن العبرة هي بطبيعة الالتزام الذى حصل الاخلال به وهل يعتبر مصدره العقد ام ان هذا الالتزام لا يتصل به وان وقع بمناسبته . وعموما فان لمعرفة طبيعة هذا الالتزام وتاصيل مصدره ، تعين الرجوع - وفق راى البعض - الى هذه الارادة صانعة العقد وتفسيرها ، والتفسير هذا ، محاط بكثير من الصعوبات خاصة عندما لا يفصح المتعاقدان صراحة عما كانا يريدانه . غير انه اذا كانت عبارات العقد واضحة ، فلا يجوز للقاضي الانحراف عنها من طريق تاويلها للتعرف على الارادة العاقدة ، لان في هذه الحالة ، لا تحتمل وفق نص المادة 1/111 مدني اى شك في مدلول عباراتها . . . الا ان هذا الوضوح لا يتحقق دائما في صيغة العقد ، فيصبح من العسير التاكد من حقيقة نية العاقدين ، اما لغموض يصيب مبنى العقد واما لتاويل اخر يصيب معنى العقد مختلف عما يوحي به المعنى الحرفي للالفاظ (المادة 2/111 مدني جزائرى) وهنا يبدو عسر المهمة التفسيرية للقاضي ، في تحديد مضمون العقد بدقة للتقرير في النهاية ان الالتزام غير المنفذ من طبيعة عقدية او من طبيعة غير تعاقدية .

وبما كان هذا هو الاعتبار الذى دفع الشارع الى وضع ضوابط قانونية يستهدى بها القضاة في العقود سواء من ناحية تفسير مضمونها او من ناحية تحديد نطاقها . وهذا ما جاءت به المادة 2/107 مدني جزائرى التي تقضي بان العقد لا يقتصر فقط على الزام المتعاقد بما ورد فيه بل يشمل ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (1) .

---

(1) راجع د . محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام ، المرجع السابق - ص 111 .

./.

والواقع ان الاعتراف للقضاة بالسلطة التقديرية الواسعة في تفسير العقود (1) مسالة لا تزال تعاني من بعض المساوىء ، لان من شانها ان تؤدى الى نتائج خطيرة يخشى معها ان يقع احلال ارادة القاضي محل ارادة العاقدين (2) وهو الاسلوب الذى ينبىء على الاقل بزوال القوة الملزمة للعقد في بعض جوانبه .

ثانيا - تستبعد المسؤولية العقدية بالاتفاق بين العاقدين فاذا فضلا مثلا ، اخضاع علاقتهما التعاقدية ، بدلا من القواعد الناظمة للعقد ، الى القواعد العمومية للمسؤولية التقصيرية فان ذلك يعد استجابة لاتفاقهما الحاصل ، ويعتبر في نفس الوقت اجراء قانوني ، له شرعيته ، طالما انه لا يخل بقواعد النظام العام ، ولا يخل بسلطان الارادة ايضا . فلو كان في مثل هذا الاجراء مثلا اخلال بالنظام العام او بالارادة العاقدة ، لكان اجراء باطلا ، لانه يخالف القانون ، وعليه ، فليس ثمة مبرر لمنعه ، خاصة عندما نعلم ان المسؤولية العقدية تتعلق باحوال الافراد الخاصة ، ولا تتعلق بالنظام العام ، وعلى هذا النحو ، يمكن القول بان الافراد احرار في تنظيم المسؤولية بالطريقة التي يرونها مناسبة شريطة الا يؤثر مثل هذا التنظيم في النظام العام ، وهكذا يكون لهم اتفاقا ان يستبعدوا المسؤولية العقدية وتفضيل بدلها قواعد المسؤولية التقصيرية . وبديهي ان يشترط في مثل هذا الاتفاق كبقية الاتفاقات الاخرى ، ان يكون صحيحا وفقا للقواعد العامة ، فلو كان باطلا ، تعين ابقاء حكم هذه العلاقة العقدية ، الى المسؤولية العقدية ، كان الاتفاق لم يحصل اصلا ، واستبعاد المسؤولية العقدية بواسطة الاتفاق ، امر يلزم القاضي ، بضرورة نقل دعوى المسؤولية من النطاق العقدى الى النطاق التقصيرى عملا بما

---

(1) يلاحظ انه لا مجال للتفسير اذا كانت عبارات العقد واضحة من حيث الدلالة ، اما اذا كانت غامضة فوجب عندئذ تفسيرها وفق الضوابط التي حددها الشارع في المادة 2/107 اما اذا احيطت مثل هذه العبارات بنوع من الشك ، فينبغي وفقا للمادة 1/112 جزائرى ان يفسر لمصلحة المدين . ولكن في عقود الاذعان يفسر هذا الشك لمصلحة المذعن سواء كان دائنا او مدينا . (راجع في ذلك د . محمد حسنين ، المرجع السابق ، 1982 ، ص 109 و 110 .

(2) في هذه المسالة الدقيقة ، انظر على الخصوص د . سمير تناغو ، في الالتزام القضائي رسالة باريس سنة .

./.

ارتضاه العاقدان ، ويبدو - في راى البعض - ان نقل الدعوى من هذا النطاق الى ذاك ، مسالة تتعلق ايضا بمشكل الخيرة ، او على الاقل يعتبر نوع من الاختيار (1) .

والواقع ان هذا الراى على الرغم من تقريره حقيقة هامة ، وهي اننا لسنا بصدد الخيرة ، فهو مع ذلك غير سديد عندما يصف هذه العملية القانونية بانها نوع من الاختيار . هذا واذا كان هذا الوضع القانوني بعيدا حقا عن الخيرة بالمفهوم الذى سبقت الاشارة اليه والتي تستلزم قيام الدعويين معا وفي وقت واحد - فهو في راينا ايضا بعيدا عن الاختيار الذى لا يختلف في معناه عن الخيرة ، اذ يفترض قيام المسؤوليتين معا . وهو ما لا نعتقده في مثل هذه الحالة . ما دامت المسؤولية العقدية في هذا الفرض غير قائمة اصلا ، منذ ابرام العقد الذى حدد منذ البداية قواعد المسؤولية واجبة التطبيق حالة عدم تنفيذه من احد طرفيه .. وطبيعة المسؤولية ، كما يوضحها العقد ، وتفسيرا للارادة العاقدة ، هي دون ادنى ريب تقصيرية . وهكذا يمكن القول ، بان القاضي وهو ينقل دعوى المسؤولية من النطاق التعاقدى الى النطاق التقصيرى ، انما يكون بصدد تفسير لارادة العاقدين او بالاحرى بصدد تفسير العقد لمعرفة قواعد المسؤولية واجبة التطبيق في حالة تحقق الاخلال . وبناء عليه ، ليس هناك ما يمنع من قيام المسؤولية التقصيرية على الاخلال بالالتزام العقدى اذا كان في ذلك استجابة لاتفاق صحيح حاصل بين العاقدين .

ولقد استقر الراى اليوم في الفقه الفرنسي ، على ان هناك نوعين من الالتزامات التعاقدية . التزامات رئيسية لا يمكن ان يقوم العقد بدونها ، والذى لا يطرح تنفيذها او عدم تنفيذها من الناحية المبدئية اى صعوبة او اشكال في ترتيب المسؤولية العقدية والتزامات اخرى ثانوية تثير في الغالب ، وبالنسبة لبعض العقود جدلا حول وجودها او عدم وجودها ، للتقرير بهذا النوع او ذاك من المسؤولية في حالة الاخلال بها (2) .

---

(1) راجع مارتين ، الرسالة المشار اليها ، ص 43 وما بعدها .

(2) راجع مارتين ، الرسالة المشار اليها ، ص 36 و 37 .

ومن امثلة الالتزامات الرئيسية، التزام البائع بضمان العيوب الخفية للمبيع ولقد تقرر، بالنسبة لهذا الالتزام، بقيام المسؤولية العقدية للبائع، اذا نزل ضرر بالمشترى بسبب ما يشوب المبيع من عيوب خفية .

اما الالتزامات التبعية، فهي تلك التي يستخلصها القضاة، في بعض العقود عندما لا تكون ارادة العاقدين واضحة، لان عملية تحديد مضمون العقد كما راينا لا تفرض على هؤلاء القضاة، ضرورة الوقوف فقط على ما يشترطه العاقدان صراحة من التزامات، بل تتطلب منهم ايضا ضرورة الاسترشاد بكل ما يقضي به القانون والعرف والعدالة وفقا للفقرة الثانية من المادة 107 مدني جزائرى وكذلك ما يمليه مبدا حسن النية في تنفيذ العقود بصفة عامة وفقا للفقرة الاولى من نفس المادة .

ويعتبر البعض الالتزام بالسلامة من بين هذه الالتزامات الثانوية في بعض العقود، والتزاما اساسيا في بعض العقود الاخرى كتلك التي تتضمن مخاطرا كبيرة وعلى هذا الاساس، يمكن القول، بان الاخلال بالالتزام الاساسي في العقد لا يقيم الا المسؤولية العقدية سواء تضمنه العقد او لم يتضمنه . اما الاخلال بالالتزامات الثانوية، فهي احيانا تقيم المسؤولية العقدية عندما يتضمنها العقد واحيانا اخرى تقيم المسؤولية التقصيرية عندما تعتبر خارجة عن نطاقه، اى ان العقد لا يفرضها(1) على احد طرفيه او انها لا تعتبر من مقتضياته او مستلزماته .

والالتزام بالسلامة كما هو معلوم، اسسه القضاء الفرنسي، في بداية الامر على المادة 1382 مدني فرنسي . ثم نقله الى النطاق التعاقدى، واعتبره التزاما تعاقديا يقع على كاهل من اخل به، المسؤولية التعاقدية (2) .

---

(1) راجع سابقا، في هذه النقطة الصفحة وما بعدها من هذا البحث.

(2) لقد بدا بحث هذه المسالة لاول مرة في عقد العمل بعد صدور قانون 9 / 4 / 1898، ثم توسع القضاء في استعمال الالتزام بالسلامة في عقد النقل، والملاحظ انه في عقد العمل كان مؤسسا على المادة 1382 مدني فرنسي اى اعتبر التزاما تقصيريا، اما في عقد النقل فاعتبر تعاقديا ولقد ترتب على هذا الجمع الغريب ان بقيت المسؤولية في عقد العمل تقصيرية وفي عقد النقل عقدية (راجع رتين، في الرسالة المشار اليها، ص40ومابعدها)

./.

هذا ولا يجب ان نخلط بين عملية تحديد مضمون العقد ، وبين مشكل الخبرة (1) لان مسالة التحديد هذه تتعلق اساسا ببيان قواعد المسوءولية واجبة التطبيق اى تحديد نطاق المسوءولية العقدية اما مشكل الخبرة فهو يفترض مسبقا ان المسوءولية العقدية محددة . ومن هنا تظهر العلاقة بين الخبرة وبين تحديد نطاق كل من المسوءوليتين ، فلا يمكن بحث الخبرة مثلا قبل تحديد نطاق المسوءوليتين . وهذا الاعتبار هو الذى املى علينا ضرورة بحث مشكل النطاق قبل الخوض في بيان الخبرة في مبادئها القانونية واوجهها العملية .

ولقد سبق ان اوضحنا عقم الدراسات التاريخية التي حاولت تاسيس الخبرة وتاصيلها في القانون الروماني او القانون الفرنسي القديم .لان قانون المسوءولية في ظلهما لم يكن منظما بالطريقة التي هي عليه الان في القانون الفرنسي الحديث والقوانين التي حذت حذوه . ولان فكرة الاستقلال بين نظامي المسوءولية المدنية لم تتبلور -كما راينا- الا في القانون الفرنسي الحديث .

وعموما ، يمكن القول بان مشكل الخبرة ، يكاد يكون مشكلا فقهيا بحتا . اصطنعته اراء الفقهاء اثر المحاولات التفسيرية الكثيرة التي اعطيت للنصوص الناظمة للمسوءوليتين والتي اتسمت في معظمها بالطابع الايديولوجي الذى يوءمن به هذا الفقيه او ذاك .

والظاهر ان هذا الانتماء الايديولوجي لمذهب من المذاهب هو الذى يملي على الفقيه في بعض الاحيان منهجية خاصة في مناقشة هذا المشكل .واذا كان لمثل هذه الطريقة المنهجية في التحليل ، جوانب كثيرة من الصحة ، فان المغالاة فيها باغفال بعض الجوانب الاخرى ، خاصة الجوانب الفنية التي يجب ان يمتاز بها التحليل القانوني يوءدى لا شك الى تغليب المحتوى الايديولوجي على الطابع القانوني .

---

(1) وجدير ملاحظته ، ان هناك بعض الاحكام تخلط بين هاتين المسالتين لتجعل منهما قضية واحدة ، انظر ، نقض فرنسي 1946/07/23 - جازيت دى باليه 1946/12/6 .

ومن هذا المنطلق ، كان لا بد من وضع الخبرة في اطارها القانوني دون اغفال جوانبها الاخرى المتعددة التي ترتبط بها وذلك ايمانا منا بان الظاهرة القانونية مهما كانت هي في الاصل ظاهرة اجتماعية ، لا يمكن تفسيرها لذاتها او بذاتها او في حد ذاتها . وانما تعالج وفق منظور عام ياخذ بعين الاعتبار المعطيات السياسية والاجتماعية والاقتصادية .

اما بالنسبة للقضاء ، فهو الاخر لم يعرف حتى الان ، المتجه الذى ينبغي السير فيه ، وكل ما يمكن ان يوصف به القضاء الفرنسي على اختلاف درجاته بصفة عامة ، هو ان احكامه اتسمت بالغموض تارة وبالتناقض تارة اخرى . وخير تعليل للاسباب التي ادت الى مثل هذه الفوضى القضائية هو ان الخبرة تعتبر اقوى شاهد على قصور نظرية الازدواج بين المسؤوليتين وخير دليل على عجز النظام الحالي للمسؤولية المدنية ، الذى يتعين مراجعته بطريقة تتفق مع المتطلبات الجديدة والجزائر باعتبارها دولة اشتراكية هي احوج ما تكون الى مثل هذه المراجعة في قانون مسؤوليتها على ضوء مواثيقها العليا . وهذه الوقفة الجديدة التي ينبغي ان يتحلى بها الباحث الجزائري ، لا تنال من التحليل القانوني في شيء ، بل تعطيه مضمونا جديدا اكثر استجابة للحقائق الاجتماعية ، واكثر اتفاقا مع النية الشارعة الحقيقة . فلو حدث فرضا تعارض في النص بين المبنى والمعنى . وتطلب الامر البحث في نية المشرع ، فلا شك ان هذه النية مهما كانت لا ينبغي ان تكون متعارضة مع الاشتراكية" فنية مشرعنا يجب ان تكون دائما وابدا نية اشتراكية" .

وغني عن البيان ، ان اختلاف غاية القانون من مجتمع الى اخر تملي بالضرورة اعتماد وسائل تفسيرية مغايرة في قواعده سواء عند دراستها او عند تطبيقها ومن اجل تحقيق كل ذلك ، يلزمنا المنهج العلمي السليم بحث هذه القضية (الخبرة) من الناحية التاريخية لمعرفة الاسباب القانونية التي مهدت لنشوئها ، ثم نقيم الاراء الفقهية التي تناولتها على ضوء المبادىء القانونية المعتمد عليها . واخيرا يملي علينا نفس الواجب العلمي ان ندرس القضية على الصعيد القضائي ، لان الفكرة القانونية ، لا تثبت دلائل صحتها الا من يوم مزجها بالواقع القضائي الذى يعد في نظرنا خير "مخبر للافكار القانونية" .

./.

الفصــل الثــالـث

فـــي نـظـريــــة الخيـــــرة

في هذا الفصل نحاول بيان محتوى هذه النظرية والاسس التي تقوم عليها والنتائج المترتبة على الاخذ بها . وبالرجوع الى مختلف الاراء التي يسوقها انصار هذه النظرية، يمكن القول بادئ ذى بدء، بان اقوى سند تقوم عليه هذه النظرية يتعلق بالنظام العام، بل ويعتبر الاساس القانوني القوى الذى نسجت حوله كل الاراء المناصرة للخيرة، والتي اجمعت كلها، على ان المسوءولية التقصيرية من النظام العام (1) .

ولقد ترتب على تعلق المسوءولية التقصيرية بالنظام العام في منطقهم هذا نتيجة هامة مفادها ان المسوءولية التقصيرية تبقى دائما بجانب المسوءولية العقدية كما ان هذه الاخيرة لا تستطيع ان تستبعدها او تحل محلها باى حال من الاحوال . كما ان الشروط المعدلة للمسوءولية العقدية لا يمكن ان تنال من المسوءولية التقصيرية . بل يقتصر التعديل ان حصل على المسوءولية التعاقدية فقط لان المسوءولية التقصيرية من النظام العام ومن ثم فلا اثر للاتفاقات المعدلة من احكامها (2) .

ومعنى ذلك، ان المتعاقدين اذا اتفقا، في العقد على منع مسؤولية احدهما في حالة الاخلال بالعقد في احد نواحيه، فان هذا الشرط لا يتناول الا الواجبات التعاقدية وهي تلك التي يفرضها العقد على احد طرفيه . اما الواجبات القانونية

---

(1) راجع بران، الرسالة المشار اليها، رقم 116 ص 134 وما بعدها .
مارتين، الرسالة المشار اليها، ص 48 وما بعدها .
اوبرى ورو، المطول في القانون المدني، الجزء السادس، ص 371 ومابعدها .
د . مصطفى مرعي، المسوءولية المدنية، المرجع السابق، فقرة 28 .

(2) جاستون ستيفاني، المقال السابق، ص 93 وما بعدها .

./.

الاخرى التي لا صلة لها بالعقد - فلا ينالها الاعفاء ، لان هذه الواجبات العامة تعتبر من النظام العام كما ان صاحبها لا يسأل عنها الا مسؤولية خطيئة وفقا للقواعد العمومية للمسؤولية التقصيرية (1) .

ويؤيد انصار وحدة المسؤولية المدنية فكرة جواز الخيرة على تقدير انه اذا كان الخطأ واحدا من حيث الطبيعة في المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، فان ذلك يبرر من الناحية المنطقية انطباق المادة 1382 مدني فرنسي ليس فقط على الاخطاء التقصيرية وانما على الاخطاء العقدية ايضا . لاتحادهما في الطبيعة والجوهر (2) .

ولا شك ان هذه النظرة القانونية الجديدة صادفت اقبال البعض في الفقه سواء في فرنسا او في مصر ، ونذكر من بينهم الاستاذ " بونيكاز " الذى عبر عن تاييده للخيرة بقوله " ان المبدا العام في المسؤولية المدنية كما يوضحه نظامنا القانوني الحالي يجد اساسه في المواد 1382 وما بعدها وهي المواد الخاصة بالمسؤولية التقصيرية اما المسؤولية العقدية ، فهي في الواقع مشتقة عن الاولى وليست سوى من قبيل الملاءمة لها . وعليه فان المسؤولية التقصيرية بهذا المعنى من شانها ان تتدخل في اى وقت" (3) .

هذا ولم يسلم انصار الوحدة بفكرة ازدواج الخطا التي رسخت في الفقه التقليدى لان الخطأ في رايهم واحد من حيث الطبيعة وهو دائما من طبيعة تقصيرية . وهذا ما يؤكده الفقيه " لوفابر " في عبارته المشهورة والتي قرر فيها " من المسلم به هو ان اصطلاح

---

(1) راجع مصطفى مرعي ، المرجع السابق ، فقرة 28 .
انظر بلانيول ، المطول في القانون المدني ، الجزء الثاني ، رقم 873 وما بعده .
بونيكاز ، تكملة المطول القانون المدني لبودرى لاكانترى ، الجزء الثاني ، القسم 3 الفصل 4
وقراmولان ، الطبيعة التقصيرية للمسؤولية عن الاخلال بالالتزامات التعاقدية ، رسالة ران 1892 .
اوبان ، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية ، رسالة بوردو ، 1897 .
(2) بونيكاز ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، القسم الثالث ، الفصل الرابع ، فقرة 501 .
راجع بران ، الرسالة المشار اليها رقم 89 ص 109 .

./.

المسؤولية العقدية هو تعبير معيب، وان المسؤولية المدنية هي دائما بالضرورة من طبيعة تقصيرية .

وترتيبا على ذلك، ينادى اصحاب هذا الراى بنظام قانوني موحد للمسؤولية المدنية، تختفي فيه كل معالم التفرقة الاصطناعية التي افرزتها نظرية الازدواج لان اركان واثار كل من المسؤوليتين هي نفسها سواء تعلق الامر باخلال بالتزام عقدى او بالتزام قانوني . وبهذه الطريقة توصلوا الى تقرير نتيجة هامة وهي صلاحية تطبيق المواد 1382 مدني فرنسي (م124 مدني جزائرى) تطبيقا عاما على كافة العلاقات القانونية سواء كانت تعاقدية او غير تعاقدية .

والجدير بالذكر، مع التسليم بوجهة نظر انصار وحدة المسؤولية المدنية، فانه ليس ثمة في راينا ما يبرر من الناحية المنطقية بقاء مشكل الخيرة او اثارته، بل تنتفي في راينا اية اهمية قانونية او عملية، لان المضرور والحال كذلك، لا يجد امامه سوى اجراء واحدا للمطالبة بحقه في التعويض، وذلك عن طريق رفع دعوى واحدة فقط وهي الدعوى المدنية سواء ترتب الضرر نتيجة الاخلال بالعقد الذى يربطه بالمسؤول او ترتب الضرر بسبب عدم احترام المسؤول لواجباته القانونية العامة (1) .

والان ندرس بشيء من التفصيل نظرية الخيرة بمحاولة تحليل عناصرها القانونية وبيان الحجج التي ترتكز عليها لننتهي الى الوقوف على نتائجها القانونية والعملية .

المبحث الاول : في محتوى نظرية الخيرة .

تعني هذه النظرية اول ما تعنيه في راى اصحابها ان المسؤولية التقصيرية باعتبارها من النظام العام يمكن ان تتسرب وتنفذ الى النطاق التعاقدى . وذلك لانه لا توجد في حقيقة الامر حدود فاصلة بين نطاق كل منهما . ومما يؤكد ذلك في

---

(1) راجع بران، الرسالة المشار اليها، ص 109 .

نظرهم هو فكرة سمو القانون على العقد واسبقيته في الوجود عليه ،وهكذا فان المسوءولية العقدية تضاف دائما الى المسوءولية التقصيرية ولا يمكن ان تمحوها او تحل محلها . لان على عاتق كل مدين التزام لفائدة ومصلحة دائنه لا يقوم لمصلحة اي شخص اخر غيره ،فاذا لم ينفذ المدين التزامه قامت مسوءوليته قبل دائنه فضلا عن انه يكون مسوءولا في مواجهته عن كل فعل يسال عنه قبل الاخرين".

ومن هذه الناحية ،نجد بان العقد يضيف التزامات جديدة على كاهل المدين لكنه لا يرفع عنه ولا يمكن ان يرفع عنه ما قد يكون ملزما به تجاه الكافة اى لا يرفع عنه الالتزامات التي يفرضها القانون عليه (1) . وتاسيسا على ذلك ،يجوز للعاقد الذى نزل به الضرر من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ان يختار وفقا لمصلحته الدعوى العقدية او الدعوى التقصيرية وان كان في الراجح ،لا يستطيع ان يجمع بينهما ،هدفا للحصول على تعويضين من اجل الضرر الواحد . والجمع كما راينا ممنوع مهما كانت صوره ، حتى ولو افاد احيانا اختيار بعض القواعد من هذا النظام . والبعض الاخر من ذاك ؛ للحصول على اكبر قسط من التعويض. فمثل هذا الاختيار في النهاية هو جمع بمعنى اخر (2) .

اما حق الخيرة الذى نحن بصدده فهو حق غير قابل للتجزئة لان القانون بصفة عامة ،لا يقبل مثل هذه التجزئة في نظمه التي يجب ان تمتاز بنوع من الاستقلالية .

والخلاصة التي ننتهي اليها ،هي ان العقد لاحق للقانون ،ومضيف لالتزامات جديدة عليه ،لكنه لا يمحو ولا يمكن ان يمحو ما قد يكون متصورا من التزامات قانونية اخرى بين طرفيه . وعليه يجوز للمضرور عقديا ان يحتج بالقواعد العمومية للمسوءولية التقصيرية . وهذه النتيجة ،في واقع الامر تتاسس على حجج واسانيد كثيرة ،فبعضها

---

(1) راجع بران ،الرسالة المشار اليها ،رقم 119 ص 136 .
(2) جاستون ستيفاني ،المقال السابق ،ص 75 .

./.

في راى هؤلاء يرجع الى القانون الروماني الذى يبدو ان بعض نصوصه كانت تخير الخيرة، خلافا لما ذهب الى تقريره بعض شراح القانون الروماني كالفقيه" لابيه" وجانب هذه الاسانيد التاريخية توجد حجج اخرى مستمدة من النصوص التشريعية للقانون الفرنسي او ما كان يقضي بها المنطق القانوني او تمليه قواعد العدالة .

المبحث الثاني : اساس النظرية .

وتتاسس هذه النظرية على عدة حجج واسانيد ومنها :

1 - السند التاريخي :-

يذهب انصار الخيرة الى الاعتراض على النص الذى استند اليه الفقيه "لابيه" حيث قرروا بان هذا النص كان موضوع اختلافات تفسيرية بين شراح القانون الروماني، نظرا للغموض الكبير الذى يكتنفه فضلا عن انه كان يتعلق بفرض خاص يستحيل معه تعميم حكمه على بقية العقود الاخرى . ولقد ورد هذا النص، في شرط عدم المسائلة المدرج في عقد اجارة الخدمات ومن ثم كان لا يسوغ في رايهم التقرير استنتاجا بان قواعد " قانون أكيليا " في القانون الروماني، لم تكن من حيث الاصل، مطبقة على المتعاقدين لان هناك نصوص اخرى كثيرة في القانون الروماني كانت على حد رايهم تجيز اشتراك الدعوى العقدية مع الدعوى التقصيرية في مادة العقد، خاصة بعض النصوص الموجودة في "الديجست" (1) .

وهكذا يقرر انصار الخيرة، خلافا لما يدعيه خصومها، بان قانون الخيرة، يجد سنده التاريخي في القانون الروماني الذى كان في راى "تالير" يسمح بقيام الدعوى الاكيلية في نطاق العقود ايضا ومن اشهر الامثلة التي يسوقها هذا الفقيه، تدعيما للخيرة

---

(1) راجع جاستون ستيفاني، المقال السابق، في مجلة القانون والاقتصاد، ص 96 ومابعدها .
بران، الرسالة المشار اليها، ص 132 وما بعدها .
فان راين، الرسالة المشار اليها، فقرة 78 .

مثال "الاسكافي في علاقته مع الصبي المتربص،" حيث كانت الوقائع تدور حول ضرر اصاب التلميذ الصبي في احد عينيه ،كان قد احدثه الاسكافي وهو يمارس سلطته التاديبية عليه . ولقد تقرر ،بالنسبة للصبي ، حقه في رفع الدعوى الاكيلية للحصول على تعويض الضرر ،بالرغم من ان العقد الذى يربط الاسكافي مع الصبي كان يعطي للسيد سلطة في تاديب صبيه . ويتضح من ذلك ،انه كان بامكان العاقد احيانا ،في ظل القانون الروماني ،رفع الدعوى الاكيلية ،او في عبارة اخرى مساوية ،ان المسوءولية الاكيلية كان يمكن تصورها في العلاقة التعاقدية بين الاطراف (1) .

ومهما يكن من امر سلامة هذا السند التاريخي وقوته ،فانه يمكن القول بأن الوضع في القانون الروماني بالنسبة للمضرور ،كان لا يسمح احيانا بقيام الاشتراك بين الدعوى العقدية والدعوى الاكيلية . خاصة عندما يوصف خطأ المسوءول بالطبيعة العقدية البحتة . ولكن اذا ثبت ان عدم تنفيذ العقد كان يتصف بصفات الخطأ التقصيرى ،فهنا فقط امكن تصور قيام حق الخيار بالنسبة للمضرور بين الدعويين العقدية والاكيلية .

وجريا مع هذا التفسير الذى اعطي لبعض نصوص القانون الروماني يقرر انصارها ان هذه النظرية تتاسس ايضا على التاريخ طالما ان الدعوى الاكيلية كانت ممكنة بالنسبة للمتعاقدين الى جانب الدعوى العقدية (2) .

---

(1) راجع بران ،الرسالة المشار اليها ،ص 132 وما بعدها .
جاستون ستيفاني ،المقال السابق ،ص 96 و 97 .

(2) جيرار ،الكتاب الاساسي للقانون الروماني ،الطبعة الخامسة - ص 660 وما بعدها .
هيقني ،مسوءولية الغير الشريك في الاخلال بالالتزام العقدى ،الرسالة المشار اليها ،ص 224 وما بعدها .

./.

2 - السند التشريعي :-

ويجد انصار الخيرة تبريرا لوجهة نظرهم هذه سندا اخر يستمدونه من النصوص التشريعية ، فيرفضون التفسير الذى اعطاه خصومها حول المادة 1382 مدني فرنسي (م124 مدني جزائرى) التي جعلوها قاصرة على غير العاقدين حيث قرروا ان هذا التفسير لا يستقيم مع النص كما يتعارض احيانا مع النية الشارعة .

وهكذا واذا كانت المادة المذكورة في راى خصوم الخيرة لا تحكم العاقدين فانها على العكس في راى انصارها - تعتبر نصا عاما ينبسط سلطانها على الجميع دون تمييز ليطبق عليهم سواء كانوا متعاقدين او اغيارا لان الشارع وهو يضع النص بهذه الصيغة العامة انما كانت تحدوه الرغبة في حكم الجميع دون استثناء (1) وعلى هذا الاساس لا محل للادعاء القاضي بان المسوءولية التقصيرية هي مسوءولية اغيار فقط بل هي مسوءولية شاملة جاءت عباراتها عامة تقطع بعدم تحديد نطاقها باى قيد (2) ومن ثم ليس هناك ما يمنع من اعمال قواعدها في حقل العلاقات العقدية ، فالمادة 1386 مدني فرنسي وهي المادة المقابلة للمادة 140 مدني جزائرى عندما تجعل مالك البناء مسوءولا عما يحدثه انهدامه من اضرار انما تنصرف الى جميع الملاك دون استثناء سواء كانوا مرتبطين بعقود مع ضحية الضرر ام لا ، وسواء اكان المضرور مستاجرا او من الغير . وعليه فان المسوءولية الحاصلة في كل هذه الفروض هي من طبيعة تقصيرية وليست عقدية ما دام الضرر الواقع كان نتيجة انهيار البناء وتهدمه (3) .

---

(1) راجع ، بران ، الرسالة المشار اليها ، رقم 114 - ص 133 .
(2) راجع جاستون ستيفاني ، المقال السابق ، ص 97 وما بعدها .
(3) راجع بران ، الرسالة المشار اليها ، رقم 114 ص 134 .
بلانيول ، في تعليقه على استئناف باريس 1905/01/17 د الوز الدورى 1907 ، 2 ، 97 .

3 ـ السند الذى يقضي به المنطق القانوني :-

وللمنطق القانوني ايضا نصيب كبير في تدعيم قانون الخيرة الذى يكون للدائن المضرور في تفضيل هذه الدعوى او تلك . ويظهر الجانب المنطقي خاصة في المحاولات الرامية الى نبذ الحجة التي يزعم خصوم الخيرة بانها نتيجة منطقية لا تقبل الجدل او المناقشة .

والمتعاقد الذى يفضل النظام العمومي للمسوءولية التقصيرية ويقبل الاحتجاج بها خلافا للاصل ، يكتسب من الناحية المنطقية ـ في راى خصوم الخيرة ، وصفين متعارضين ، وصف العاقد ووصف الغير في آن ، لا يقلان في تعارضهما عن تعارض القانون والعقد .

غير ان هذا التحليل لم يصادف قبول انصار الخيرة ، الذين يقررون بان المتعاقد الذى يقبل الاحتجاج في دعواه بالقواعد المنصوص عليها في المواد 1382 ومابعدها لا يصبح من الناحية المنطقية من الاغيار ، ولا يفقد صفته كمتعاقد ، وكل ما هنالك هو انه اراد الاستفادة من القواعد العمومية التي وضعت للجميع دون تمييز (1) .

واما عن فكرة القوة الملزمة للعقود ، التي تكرسها معظم القوانين الحديثة ، في مبدأ العقد شريعة العاقدين (م106 مدني جزائرى) فهم يعترضون عليها . بسلاح النظام العام الذى اصبح بمثابة الوعاء القانوني الذى تنصهر فيه كل القواعد المتعلقة بالمسوءولية التقصيرية بل والاطار الذى ينبغي الا تخرج عليه كافة العلاقات القانونية التي تتصل بها . لان النظام العام في جوهره لا يترجم في الحقيقة سوى ماللقانون من سلطان على المخاطبين باحكامه وليس العكس.

والاعتراض على فكرة القوة الملزمة للعقود بفكرة النظام العام تظهر في مادة المسوءولية ، وبخاصة في نطاق الخيرة ، على قدر كبير من الاهمية . ذلك ان المسوءولية

---

(1) راجع بران ، الرسالة المشار اليها ، ص 132 .

./.

التقصيرية دون العقدية هي التي تعتبر في الراجح من صميم النظام العام ومن ثم فلا يستطيع الافراد مهما كان سلطان ارادتهم ، الاتفاق مسبقا على استبعاد قواعدها الامرة . بل حتى ولو حصلت مثل هذه الاتفاقات فعلا فهي اتفاقات باطلة في الاساس.

4 - السند الذى يستمد من نية المتخاصمين :-

يلاحظ انه اذا كانت النية في راى خصوم الخيرة ، بمثابة الدرع الواقي لنظريتهم لانها تعتبر متجهة دائما نحو تطبيق القواعد العقدية وليس العكس ، فانها في راى انصارها ، تعد بمثابة سلاح ذى حدين ، لانهم يرون بان العاقدين لم تتجه نيتهم فقط الى القواعد العقدية وانما تتجه ايضا الى عدم التنازل مسبقا عن الحماية القانونية العامة المقررة في المواد المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية ، لان هذه الاخيرة على حد رايهم اسمى من المسؤولية العقدية وسابقة في الوجود عليها (1) .

5 - السند الذى يقضي به العدل :-

يقرر انصار الخيرة ، انه ليس من العدل في شيء ان يحرم المضرور عقديا ، ان كانت هذه رغبته من الاستفادة من النظام الذى وضع للجميع . ولكن مقتضيات العدل يجب ان تكون في صالح الخيرة ، حيث يجب السماح فيه ، لهذا المضرور بالاحتجاج بالقواعد التقصيرية العامة التي صنعها الجميع من اجل الجميع . . .

وفضلا عن ذلك ، فهم يذهبون الى ابعد من ذلك ، عندما يقررون ردا ، على الراى الذى كان يقضي بان الالتزام القانوني المدرج في العقد هو من طبيعة عقدية ، بان هذا الالتزام القانوني السابق ولو تضمنه العقد لا يتجرد من طبيعته الاصلية ليتحول الى التزام عقدى لمجرد ان بعض الاشخاص الماديين ادرجوه في العقد ، ليصبح الاخلال به ، على هذا النحو ، مشكلا لخطا عقدى فحسب ، فمسؤولية القاتل مثلا على حد راى الفقيه "بلانيول" لا تصبح عقدية لمجرد انه تعهد بعدم قتل الضحية (2) .

---

(1) راجع بران ، الرسالة المشار اليها ، ص 134 وما بعدها .
(2) بلانيول ، مشار اليه في مارتين ، الرسالة المشار اليها - ص

./.

وعلى ضوء ذلك ، يخلص اصحاب هذا الراى الى القول بان الالتزام القانوني السابق تبقى طبيعته كذلك حتى لو تضمنه العقد ، وتترتب على الاخلال به ، قيام المسوءولية التقصيرية الى جانب المسوءولية العقدية للمدين ، وهكذا ، ليس هناك ما يمنع الدائن المضرور من نقل دعواه من الحقل التعاقدى والاحتجاج بها على الصعيد العام التقصيرى .

6 - السند المستمد من الفلسفة القانونية :-

لقد سبق ان راينا ، ان الجدل الفلسفي القائم حول مدى جواز الخيرة ، كان مطروحا ولا يزال ، حول فكرتي القانون والعقد وما تثيرانه من معضلات واشكاليات على صعيد التحليل الفلسفي ، الذى يبدو عند خصوم الخيرة موءكدا لفكرة العقد ولقوته الملزمة ، بينما يبدو عند انصارهما اكثر تاكيد لفكرة القانون لهيمنته واسبقيته في الوجود على العقد . ومن هنا ظهرت في هذا المجال فلسفتان متميزتان الفلسفة التعاقدية والفلسفة القانونية .

وتتمثل الفلسفة التعاقدية في راى المفكرين بها ، في ضرورة احترام العقد وعدم الانحراف عن مبادئه . لان العقد بين طرفيه يعد بمثابة القانون ، او هو القانون الذى يجب الرجوع اليه اولا واخيرا فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاقهما او للاسباب التي يقررها القانون . ومن ثم فان المسوءولية العقدية في رايهم بين العاقدين هي مسوءولية اصلية وليست تبعية . ولكن انصار الخيرة لا يسلمون بهيمنة العقد على القانون بل يقررونها للقانون على العقد . ومن ثم فان الواجب القانوني عندهم لا ينصرف فقط الى الاغيار بل يشمل الكافة عامة ومن باب اولى يلتزم به العاقدان بصفة خاصة في العلاقة التعاقدية (1) كما انهما لا يستطيعان استبعاده وان كان في امكانهما فقط ان يضيفا اليه بعض الالتزامات الجديدة تكون سببا لقيام المسوءولية العقدية في حالة الاخلال بها . وهي بهذا تضاف للمسوءولية

(1) راجع بران ، الرسالة المشار اليها ، ص 134 .

./.

التقصيرية وتكملها فقط ولكنها لا تستطيع ان تدحضها او ان تحل محلها . والنتيجة التي يمكن ان تصل اليها على ضوء هذا التحليل هي ان العاقدان اذا كانا عاجزين على استبعاد الالتزام او الواجب القانوني العام،على النحو الذى ذكرنا ـ فانهما لا يملكان بالاولى اى قدرة في التغيير من طبيعته حتى ولو اتفقا على ذلك بادراجه في العقد وحتى لو اعتبراه التزاما عقديا بحتا . والخلاصة هي ان المسوءولية التقصيرية بهذا المعنى ،هي القانون العام والمرجع الاساسي للمسوءولية المدنية سواء في تحديد الخطأ او تقدير مبلغ التعويض في كل مرة يتعذر فيها وجود نص يحدد الخطأ او قاعدة خاصة تتعلق بتقدير التعويض بل وينبغي اعمال قواعدها في كل مرة يحصل فيها الاخلال بالتزام يكون مصدره القانون .

المبحث الثالث : النتائج القانونية المترتبة على الاخذ بنظرية الخيرة .

ويمكن على ضوء ما سبق بيانه ،اجمال هذه النتائج القانونية في النقاط التالية :

1 ـ وتتمثل النتيجة الاولى في امكان قيام المسوءولية التقصيرية الى جانب المسوءولية العقدية . كما انه يمكن تصور انطباقهما على المركز القانوني الواحد ،ليكون للمضرور عقديا ،على هذا النحو، دعوييان يختار بينهما وفقا لمصلحته ،الاولى عقدية ناشئة من العقد والثانية تقصيرية مستمدة من القانون مباشرة (1) .

2 ـ اما النتيجة الثانية المترتبة على الاخذ بنظرية الخيرة،فهي تتمثل في انه اذا كان ينشأ للمضرور عقديا دعويان يختار بينهما وفقا لمصلحته فانه لا يستطيع الجمع بينهما . ومعلوم ان ذلك يعد نقطة اشتراك بين النظرية المؤيدة للخيرة والنظرية الرافضة لها . ومنع الجمع،كما راينا لا يقتصر فقط على الدعويين العقدية والتقصيرية وانما يشمل كافة صور الجمع التي سبقت الاشارة اليها .

---

(1) راجع بران ،الرسالة المشار اليها ،رقم 120 ص 137 .

./.

3 ـ النتيجة الثالثة ، وهذه النتيجة الاخيرة، تتمثل في جواز الخيرة اذا توافرت شرائط المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، ليكون للدائن المضرور الحق في ان يختار وفقا لمصلحته هذه الدعوى او تلك (1) لانه ليس في مثل هذا الاجراء ما يتعارض مع القانون، فوجود العقد لا يتعارض اطلاقا مع امكان قيام المسؤولية التقصيرية فيه، بحجة ان هناك تعارضا قانونيا ومعنويا بين نوعي المسؤولية المدنية لان العقد، بمفرده لا يكفي لاستبعادها ولان المسؤولية التقصيرية لعموميتها تنطبق على جميع الحالات وفي كل الظروف حتى ولو كان الالتزام الذى حصل الاخلال التزاما عقديا بحتا، لا وجود له بغير وجود العقد . والسبب في ذلك عند اصحاب هذا الراى، يتمثل في ان الاخلال بالالتزام العقدى البحت يعتبر في حد ذاته عملا غير مشروع كالاخلال بالالتزام القانوني تماما (2) فضلا عن ان التصرف القانوني كالواقعة المادية تماما ليس سوى محركا للقانون يقف من ورائهما مصدرا اعلى للالتزامات (3) .

والواقع ان هذا الراى الاخير على ما يتسم به من منطق في التحليل فيه اهدار بالقواعد الخاصة للمسؤولية العقدية على خلاف قصد الشارع الذى اراد ان تكون للمسؤولية العقدية تنظيما خاصا مختلف عن تنظيم المسؤولية التقصيرية فوضع جزاء خاصا للالتزامات العقدية مختلفا عن ذلك الذى تفرضه المسؤولية التقصيرية على الاخلال بالواجبات القانونية العامة .

وعلى هذا الاساس يمكن القول مع البعض، بان الالتزامات العقدية البحتة لا تجد جزاءها، حالة الاخلال بها، الا في المسؤولية العقدية وحدها لان الاخلال بهذه الالتزامات يشكل خطا عقديا لا يقيم الا المسؤولية العقدية . ومن ثم لا محل لقيام الخيرة . التي تفترض قيام المسؤولية التقصيرية الى جانب المسؤولية العقدية، وهكذا

---

(1) راجع بران، الرسالة المشار اليها، ص 137 .
(2) راجع قرامولان، في وحدة المسؤولية، رسالة رانس 1892، مشار اليها في فان راين، الرسالة المشار اليها .ص 582 .
(3) بونيكاز، تكملة لمطول بودرى لاكانترى، المرجع السابق، الجزء 2، فقرة 621 .

./.

يمكن القول ،بانه لكي تقوم المسؤولية التقصيرية في العلاقات العقدية يجب ان تكون الواقعة الضارة او الفعل الضار في ذات الوقت اخلالا بالتزام عقدى وانحرافا عن سلوك الرجل المعتاد ،على فرض عدم وجود العقد . وهنا فقط يمكن تصور الخيرة بين الدعويين ،للمطالبة بالتعويض. وهي لا تثبت الا اذا كانت الواقعة الضارة مزدوجة وكان الفعل الضار في نفس الوقت خطا عقديا وخطا تقصيريا . ويرى البعض(1) انه لا مانع عند توافر هذه الشروط المذكورة من ان يؤسس الدائن دعواه على المسؤوليتين معا او برفع الدعويين معا في ذات الوقت احداهما بصفة اصلية والاخرى بصفة تبعية : بل ولا يوجد ما يمنع الدائن من رفع الثانية بعد فشله في الاولى ،لان ذلك ليس فيه ما يتعارض مع فكرة حجية الامر المقضي لاختلاف السبب القانوني للدعويين ،ومعلوم ان السبب القانوني للدعوى ،يتكون من عنصرين مجتمعين الاول يتعلق بالوقائع المادية والثاني بالقاعدة القانونية التي ترتب اثارا على هذه الوقائع المادية . وعلى هذا الاساس يجب لقيام الدعويين على سبب واحد ،ان يكون هناك اتحاد في الاساس القانوني ولا يكفي الاتحاد في الوقائع المادية ،لاعتبار حكم احداهما مانعا لرفع الدعوى الاخرى (2) . وهذا هو التفسير الذى ينبغي ان يحاط به نص المادة 338 / 1 مدني الذى يقضي بان" الاحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول اى دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الاحكام هذه الحجية الا في نزاع قام بين الخصوم انفسهم دون ان تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب" .

المبحث الرابع : موقف القانون المصرى من النظرية .

1 - الفقه :-

لا يختلف الوضع بالنسبة لقضية الخيرة في مصر عنه في فرنسا ،وجمهور الفقهاء

---

(1) فان راين ،الرسالة المشار اليها ،ص 515 .

(2) فان راين ،الرسالة المشار اليها ،ص 515 وما بعدها .

./.

في مصر تاثروا بجمهور الفقهاء في فرنسا يميلون الى عدم جوازها من حيث الاصل ، ويسمحون بها استثناء وفي حدود معينة خاصة في الاحوال التي يشكل فيها عدم تنفيذ الالتزام العقدى جريمة جنائية او كان الاخلال راجعا الى سوء نية المدين (الغش) او في الاحوال التي يفترض في المدين انه كذلك (الخطاء الجسيم) (1) .

غير ان القلة في مصر (2) على غرار القلة في فرنسا ، يؤيدون الخيرة في الحدود التي انتهى اليها اصحابها . ويتلخص راى هؤلاء ، في انه اذا كانت المسؤولية العقدية جزاء الاخلال بالالتزام العقدى وان المسؤولية التقصيرية جزاء الانحراف خارج العلاقات العقدية عن سلوك الرجل المعتاد فليس ثمة ما يمنع في رايهم من قيام المسؤوليتين معا وفي نفس الوقت ، واعمال الخيرة بينهما . وهذا الاجراء القانوني لا يسمح به الا اذا كان الفعل الضار اخلالا عقديا وانحرافا سلوكيا خارج علاقات العقد ، على فرض عدم وجوده . وهنا لا يكون في رايهم اى مبرر جدى او مسوغ قانوني لمنع الخيرة طالما امكن تصور المسؤوليتين معا وفي نفس الان . وتماشيا مع هذا المنطق ، لا يترتب على الاخلال بالالتزام العقدى المسؤولية العقدية فقط بل يمكن ان تقوم الى جانبها المسؤولية التقصيرية ، لان العقد لا يحول دون قيامها بين طرفيه اذا توافرت شرائطها . وهذه الشروط لا تتحقق فقط عند وقوع الفعل الضار خارج العلاقات العقدية بل تتحقق ايضا حتى ولو كان الاخلال بالالتزامات العقدية مكونا لخطا تقصيرى يمكن تصوره على فرض عدم وجود العقد . وبناء عليه ، تقوم المسؤولية التقصيرية في الفرضين وليس في الفرض الاول فقط ، كما يزعمه خصوم الخيرة وتاسيسا على ذلك يكون للدائن المضرور ، الخيرة بين اصلح الدعويين العقدية والتقصيرية .

---

(1) د . سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية ، دروس معمقة للقانون المدني ، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، 1960 ، 1961 فقرة 37 وما بعدها .

(2) د . مصطفى مرعي ، المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، الطبعة 2 ، فقرة 28 وما بعدها .
د . محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجارى ، الطبعة الثانية ، الجزء الثاني .
د . محمود جمال الدين زكي ، مشكلات ، المرجع السابق ، فقرة ص

ولكن الخيرة لا تقوم اذا انصب الاخلال على التزام عقدى بحت، لان المسؤولية المترتبة في هذا الفرض ليست سوى مسؤولية عقدية . بل وتبقى كذلك حتى ولو كان عدم تنفيذ هذا الالتزام العقدى البحت وليد غش المدين او خطئه الجسيم . لان هذا النوع من الالتزامات العقدية، الذى صار المدين مسؤولا عنه لم يكن قبل العقد التزاما في ذمته . فلو فرض مثلا، انه قبل ابرام العقد لم يقم المدين به، لم يكن مسؤولا عن ذلك لا مسؤولية عقدية لان العقد لم يقم اصلا ولا مسؤولية تقصيرية اذ لا خطأ في عدم قيامه بامر لم يتعهد به على الاطلاق (1) فاذا تم العقد، قام الالتزام في الحدود التي رسمها العقد . وهي حدود لا يترتب في نطاقها الا المسؤولية العقدية . لان الالتزام في هذه الحالة لا مصدر له غير العقد بل ولا يمكن تصوره بدونه، ومن ثم ليس للدائن في هذه الحالة، ان يحتج بقواعد المسؤولية التقصيرية، التي تفترض اخلالا من المدين باحدى واجباته العامة التي يفرضها عليه القانون، ومن الملاحظ ان الغالبية العظمى في الفقه المصرى رفضت الخيرة بناء على هذا التحليل . ومن هؤلاء الاستاذ السنهورى الذى يرى بان الاخلال بالالتزام العقدى لا يقيم سوى المسؤولية العقدية، لان هذه الالتزامات لا مصدر لها سوى العقد ولا وجود لها بدونه . وهذه النتيجة، اذا كانت تحتوى على جانب كبير من الصحة، فهي مع ذلك لا تصدق على بعض الالتزامات العقدية الاخرى كتلك التي تعتبر في نفس الوقت واجبات قانونية عامة تقيم في حالة الاخلال بها خطأ تقصيريا يبرر قيام المسؤولية التقصيرية الى جانب المسؤولية العقدية ليكون للمضرور على هذا النحو ان يختار بينهما (2) .

2 ـ القضاء المصرى :-

اما القضاء المصرى، وبالنظر الى مختلف المراحل التي مر بها، فان معظم احكامه الصادرة في هذا الشان، سواء في ظل التقنين القديم او الجديد، لم تكن موحدة، بل تأثرت بما كان سائدا في فرنسا .

---

(1) د . عبد الرزاق السنهورى، الوجيز في شرح القانون المدني، 1966 .
(2) انظر د . محمود جمال الدين زكي، مشكلات، المرجع السابق، فقرة ص .

والظاهر ان الاتجاه العام للقضاء المختلط في ظل التقنين القديم كان يجيز الخيرة، خاصة عندما طبق احكام المسوءولية التقصيرية في العلاقة العقدية . كما ان القضاء الوطني ايضا كان ينزع الى جوازها (1) عندما قرر بانه يمكن الاستناد في طلب التعويض اما الى الاساس التقصيرى او الاساس التعاقدى بحسب ما يتسنى لطالب التعويض فان اعوزته الوسائل في اثبات عناصر الاولى امكن له الانتقال الى الثانية عند توافر اركانها وشروطها (2) .

غير ان هذا الاتجاه لم يسد في قضاء محكمة النقض المصرية التي يبدو انها تنكرت للخيرة في احكام كثيرة وحديثة . وترى بانه اذا قام عقد ،وكان الضرر نتيجة لعدم تنفيذه ،تعين الرجوع فقط الى احكام العقد على تقدير ان هذه الاحكام دون سواها هي واجبة التطبيق في العلاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه او عند الاخلال به ،ولا مكان للمسوءولية التقصيرية التي لا تقوم الا في حالة عدم وجود علاقة سابقة بين المضرور والمسوءول (3) .

هذا ومع امكان التسليم بوجهة نظرها هذه في ابعاد المسوءولية التقصيرية عن نطاق العقد ،فان محكمة النقض المصرية اجازت الخيرة في ظروف اخرى خاصة عندما يكون الاخلال العقدى جريمة جنائية او حصل هذا الاخلال بسبب غش المدين او خطئه الجسيم لان المدين في رايها ،يكون قد اخل بالتزام قانوني يفرض عليه الامتناع عن القيام بهذا الفعل ،سواء كان عاقدا او غيرا .

ولكن هذا التحليل ،لم يحظى بتاييد بعض الفقهاء هناك، الذين راوا بان الالتزام القانوني يجد مصدره في الواجب العام الذى يفرضه القانون على الكافة لا بالنسبة للامتناع عن الجريمة او الغش او الخطا الجسيم فحسب، ولكن هذا الواجب القانوني

---

(1) نقض مدني مصرى 01 جانفي 1948 ، مجموعة احكام النقض، الجزء 5، ص 513 .
(2) استئناف الاسكندرية، 05 فيفرى ، 1950 ، محاماة، ص 30 و ص 501 .
(3) نقض مدني مصرى 25 فيفرى 1965 ، مجموعة احكام النقض، سنة 16 ص 220 .

./.

العـام يوجب عليهم ، الامتناع عن الاضرار وبالاولى الامتناع عن الانحراف في السلوك حتى ولو كان نتيجة لخطا يسير جدا .

وبناء على ذلك، يبقى موقف قضاء محكمة النقض المصرية ، في رايهم ، مشوبا بالتناقض. لان هذا الالتزام القانوني ، على احد رايهم اما ان يخرج عن دائرة العقد ويبتعد عنه تماما ايا كانت طبيعة الخطأ المرتكب، واما ان يدخل في نطاقه لتقوم في الحالة الاولى المسوءولية العقدية وفي الثانية المسوءولية التقصيرية اما قصره على حالات دون اخرى فهو امر يعوزه السند وتناقض ينبذه المنطق السليم كما تاباه المبادىء العامة للقانون (1) .

ومما يبعث على الغرابة اكثر ، هو موقفها الذى اتخذته بشان الغش الذى ياتيه المدين في عدم تنفيذ التزامه العقدى . فنجدها تقرر خلافا لما هو سائد في فقه الخيرة ، بان المسوءولية التقصيرية وحدها دون العقدية هي واجبة التطبيق (2)

والواقع ان هذا الراى ، لا يستقيم حتى مع انصار الخيرة ، الذين يقررون نشوء دعويان احداهما عقدية والاخرى تقصيرية تقع المفاضلة بينهما . كما انه يتعارض من جهة اخرى مع ما انعقد عليه الاجماع فقها وقضاء ، في ان الاخلال بالعقد مهما كانت خطورته او جسامة الخطا المتسبب فيه ، يقيم المسوءولية العقدية ، مع مراعاة الاستثناء الذى اورده البعض بخصوص الجريمة الجنائية والغش والخطأ الجسيم والذين قرروا فيه بامكان قيام المسوءولية التقصيرية الى جانب المسوءولية العقدية ، ليكون للدائن الخيار بينهما وفقا لمصلحته . اما اذا تبين ان مصلحة الدائن تقتضي الركون الى المسوءولية العقدية فان دعواه العقدية تظل قائمة وليس من احد ان يحرمه منها او يعارضه فيها ، لانه لا يمكن الا نعترف ببقاء النظام القانوني للعقد من بعض نواحيه (3) .

---

(1) راجع د . محمود جمال الدين زكي ، مشكلات ، المرجع السابق ، فقرة ص

(2) نقض مدني مصرى ، 30 نوفمبر 1965 مجموعة احكام النقض ، السنة 16 ص 1160 .

(3) جوسران ، تعليق على نقض فرنسي 28 / 10 / 1926 مشار اليه في د . محمود جمال الدين زكي ، مشكلات ، المرجع السابق ، ص 553 .

./.

المبحث الخامس : في التطبيقات القضائية للخيرة في فرنسا .

نحاول في هذا المبحث،عرض اهم الاحكام القضائية التي ايدت نظرية الخيرة . وفي البداية يمكن القول ،بان معظم هذه الاحكام واهمها ،نطقت بها المحاكم الاستئنافية في فرنسا بتاييد من غرفة المرائض لمحكمة النقض هناك .

واول حكم تجدر الاشارة اليه ،هو حكم محكمة استئناف"آكس" الذى قضى بقيام المسؤولية التقصيرية للبائع تاسيسا على المادة 1382 مدني فرنسي ولقد اصدرته المحكمة بتاريخ 1872/01/04 . وكانت وقائعه تتعلق بشخص اشترى بندقية من شخص اخر ،ولكنه اصيب باضرار بالغة الخطورة نتيجة لانفجار سببه عيب في صناعتها لانه ثبت عدم صلاحية المعدن المستخدم في تركيبها . والظاهر ان المسالة كانت في واقع الامر تتاسس من الناحية القانونية على عيب خفي في الشيء المبيع يجهله البائع وقت التعاقد (1) ومعلوم انه عندما يجهل البائع عيبا خفيا في المبيع،فانه لا يلزم وفقا للمادة 1646 مدني فرنسي الا برد الثمن دون ان يتحمل التعويضات المستحقة عن الاضرار الحاصلة للمشترى . ولكن المحكمة،خلافا لذلك قررت استبعاد نص المادة المذكورة،على الحالة المعروضة فرفضت تطبيق المسؤولية العقدية للبائع واستندت في حكمها الى المواد الخاصة بالمسؤولية التقصيرية . وحجتها في ذلك ان البائع،كان قد ارتكب خطا تقصيريا عندما اشترى الاسلحة من مكان مشتبه فيه"

ويلاحظ البعض،ان كل الاحكام تقريبا التي نطقت بها كل من غرفة العرائض والغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية ،فيما يتعلق باثار"شروط عدم المسؤولية" كانت في اتجاه مؤيد للخيرة،لان هذه الاحكام،عند فحصها تشير بوضوح ان شرط عدم المسؤولية" ليس له من اثر سوى" نقل عبء الاثبات" (2) وعليه لا يصبح المدين الذى اشترط اعفاءه من المسؤولية مع الدائن ،في العقد مسؤولا من الناحية المدنية

---

(1) راجع في التعليق على هذا الحكم،جاستون ستيفاني ،المقال السابق،ص 107 وما بعدها .

(2) جاستون ستيفاني ،المقال السابق،ص 108 .

./.

عن اخلاله بالالتزام، ولكنه مع ذلك يسال في الاحوال التي يقيم فيها الدائن دليلا على انحرافه في السلوك، وهكذا يمكن القول، بان هذا الشرط ان وجد لا يحول دون امكان قيام المسؤولية التقصيرية للمدين، اذا كان مسلك هذا الاخير يعتروه خطأ. ويتفق هذا الراى مع ما يقررها انصار الخيرة، في انه اذا كان بالامكان استبعاد المسؤولية العقدية للمدين اتفاقا فان ذلك لا ينفي امكان تحقق المسؤولية التقصيرية. لان هذه الاخيرة من النظام العام.

وفي هذا المتجه، نرى محكمة" السين" تقول بالخيرة في حكمها الصادر بتاريخ 1913/11/12 حيث حكمت على شركة السكك الحديدية بالمسؤولية التقصيرية والزمتها بالتعويض الكامل عن الضرر الذى نزل باحد المسافرين نتيجة انفجار المصباح، وتسببه في احداث مضاعفات كبيرة على الحالة الصحية للمسافر من جراء ما احدثه هذا الانفجار من جروح خطرة. علما بانه من الناحية التعاقدية لا تكون الشركة المذكورة وهي طرف في عقد النقل الذى يربطها بالمسافر- ملزمة بتعويض كل الضرر بل بتعيين عليها فقط، وفقا للمادة 1150 مدني فرنسي، تعويض الاضرار المتوقعة وقت التعاقد . وهي في هذا الغرض تتعلق بالجروح فقط، اما المضاعفات الجانبية الاخرى، التي ادت الى تدهور في حالة المسافر الصحية، فلا يشطها التعويض، لانها غير متوقعة او على الاقل ليس بالامكان توقعها من طرف الشركة الناقلة وعلى هذا النحو استبعدت المحكمة المذكورة، تطبيق نص المادة 1150 مدني فرنسي وقررت تبعا بجواز الخيرة بين نظامي المسؤولية المدينة. حيث سمحت للمسافر المضرور، الادعاء على اساس تقصيرى والمطالبة بالتعويض الكامل عن الاضرار المتوقعة منها وغير المتوقعة (1) .

ويندرج حكم محكمة استئناف الجزائر والصادر في 1923/01/9 في نفس هذا السياق. حيث تبنت هي الاخرى نظرية الخيرة فيه، وذلك بمناسبة حادث نقل بحرى

(1) راجع جاستون ستيفاني، المقال السابق، ص 109.

./.

تسبب في الحاق اضرار بالمسافر اثناء الرحلة وقضت في حكمها ما يلي " ان الحادث الذى يقع اثناء الرحلة البحرية للمسافر ، ينشيء دعويين احداهما تعاقدية لصالحه او لصالح خلفائه والاخرى شبه تقصيرية ليس فقط بالنسبة للمسافر وانما بالنسبة لكافة الاشخاص المتضررين مباشرة من الخطأ" (1) .

ومن المفيد ان ننوه الى الحكم الذى اصدرته محكمة "السين" بتاريخ 1924/3/27 والذى قررت فيه نفس الحل واجازت الخيرة بمناسبة "حادث طائرة" وبعد ان لاحظت المحكمة ان الناقل في عقد النقل ملزم بتوصيل المسافر بالعافية الى مكان الوصول قررت بانه " خارج المسوءولية العقدية وزيادة عليها ، فان الشركة الناقلة تكون مسوءولة مسوءولية تقصيرية" وبهذه الطريقة استطاعت في هذا الحكم ان تستبعد آثار شرط الاعفاء من المسوءولية الموجودة في العقد ، وذلك على اعتبار ان الشركة كانت في رايها مرتكبة لخطا تقصيرى (2) .

واما غرفة العرائض لمحكمة النقض الفرنسية ، فهي الاكثر تحمسا لفكرة الخيرة لانها استطاعت في راى البعض ان تقدم احكاما كثيرة ومتنوعة في هذا المضمار .

ومن بين احكامها الجديرة بالبيان ، الحكم الذى نطقت به في 1910/01/26 ، والقاضي "بامكانية" الاحتجاج بالدعوى التقصيرية من طرف الشركاء على مديرى الشركة الذين تسببوا في اضرار نتيجة لتزييفهم حسابات الشركة . وذلك تاسيسا على ان هذه الدعوى - لا يرتد سببها الى الخطأ العقدى واعتبارهم على هذا النحو قد اخلوا باحد الالتزامات العقدية التي يفرضها عقد الوكالة بينهم وبين الشركة ، ولكن هذه الدعوى على النقيض من ذلك تجد اساسها في الجنحة او شبه الجنحة المقترفة من طرفهم .

---

(1) استئناف الجزائر 1924/01/09 جازيت دى باليه 1924 ، 1 ، 587 .
(2) محكمة السين ، 1924/03/27 جازيت دى باليه 1924/5/6 .

./.

وهو الانحراف الذى يعتبر في نظرها خارجا عن اطار تسيير الادارة "(1) .

وفي تاريخ 1926/12/14 تقرر نفس الغرفة، ذات الاتجاه المؤيد للخبرة في الحكم الذى كانت وقائعه تدور حول ما يلي : "في ليلة شتوية باردة، فر احد المرضى من المستشفى بعد ان انتهز فرصة غياب حراسه، وبعد فترة من الوقت على فراره . عثر عليه، خارج المؤسسة الطبية، فاقد الوعي مشلول الحركة . وهو ما دفع الاطباء الى ضرورة بتر ساقه" .

ويرى البعض تعليقا على هذا الحكم بان الضرر الحاصل، كان في الواقع نتيجة لخطا ارتكب في الحراسة . وهو خطا عقدى، لانه يتمثل في عدم تنفيذ الالتزام بالحراسة . لذلك كان ينبغي على المحكمة، وفقا لهذا التكييف ان تطبق المادة 1150 مدني فرنسي، وقصر التعويض على الاضرار المتوقعة فقط او تلك التي كان بالامكان على المؤسسة الطبية ان تتوقعها، اثناء التعاقد . لكن الغرفة المذكورة، خلافا لهذا المنطق، حكمت بامتداد التعويض ليشمل كل الاضرار التي لحقت بالمريض، رغما يقيمه نص المادة المذكورة من حواجز . وعلى هذا النحو، الزمت مدير المستشفى بتعويض كل الاضرار، وذلك على تقدير انه ارتكب خطا تقصيريا يقيم مسؤوليته المدنية الكاملة (2)

ونفس المبادئ نجدها مكرسة في الحكم الذى اصدرته محكمة استئناف "باريس" بتاريخ 1932/02/05 وهي مبادئ تفيد دون ادنى شك جواز الخبرة ايضا (3) ولقد تعلق هذا الحكم بمسؤولية صاحب الفندق عن سرقة مجوهرات لاحد النزلاء ولكي تتفادى المحكمة ترتيبات نص المادة 2/1953 مدني فرنسي الذى يحدد اقصى قيمة ممكنة للتعويض

---

(1) نقض عرائض، 1910/01/26 في سيرى 1911، 1، 105 وتعليق "بيرو" .
(2) نقض عرائض، 1926/12/14 في سيرى 1927، 1، 105 تعليق "اسميان" .
" " " " " " د الوز " " "جوسران" .
(3) استئناف باريس 1932/02/05 جازيت دى باليه 1932، 1، 631 .

./.

عن مثل هذه الاضرار بـ 1000 فرنك الزمت صاحب الفندق ،بالتعويض الكامل على اساس المادة 1382 مدني فرنسي وحكمت عليه بتعويض القيمة الحقيقية لهذه الاشياء المسروقة .

ونجد نفس المحكمة ،تقرر جواز الخيرة ايضا في حكمها الصادر بتاريخ 05/02/1946 والمتعلق باصابة احد المتفرجين لفيلم في قاعة من قاعات العروض السينمائية . وهذه الاضرار وقعت بسبب سقوطه داخل القاعة . وجدير ملاحظته هو ان الحكم في القضية المطروحة كان يشير الى ان عقد الكراء المبرم بين المشاهد والمقاول الذى انجز القاعة المخصصة للعرض، يلقى على كاهل هذا الاخير (المقاول) التزاما عقديا بالسلامة . ولكن هذا الالتزام العقدى في نظر المحكمة لم يكن التزاما بنتيجة ولكن مجرد التزام بوسيلة يتعين حالة الاخلال به ،على ضحية الضرر ان تقيم الدليل فيه على وجود الخطأ وثبوته في مسلك المقاول . ولما تعذر على المضرور اثبات الخطأ في جانب المقاول ،لان الحادث فيما يبدو كان راجعا الى خطا المتفرج ذاته ،اكدت المحكمة بناء على ذلك بانتفاء المسؤولية العقدية للمقاول وراحت تبحث عن سند اخر لمسائلته . وفعلا قررت بالمسؤولية التقصيرية للمقاول على اساس المادة 1384/1 . لكنها لم تفلح ثانية ،لان المقاول نقضها باثبات السبب الاجنبي والمتمثل هنا في خطأ الضحية . ويتضح من ذلك ان المحكمة ،وهي تعالج المسالة على الصعيد التقصيري على الرغم من ان الامر كان يتعلق بعدم تنفيذ التزام عقدى ،انما تكون قد افادت ولو بطريق غير مباشر جواز الخيرة (1) .

وازاء هذه الظاهرة القانونية المثارة ،ينبغي تحديد الاسباب او على الاقل ايجاد تفسيرات قانونية معقولة لهذا النهج القضائي المتبع للوقوف على حقيقة الدوافع ،التي جعلت القضاء الفرنسي ينحرف عن المبدأ العام الذى رسمه ،وهو المبدا الرافض للخيرة ،والذى تواترت على تاكيده في الواقع ،احكام الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية متبوعة ببعض المحاكم الدنيا الاخرى .

---

(1) استئناف باريس، 5/2/1946 الاسبوع القانوني 1946، 2، 3186 تعليق الفقيه "كوست" .

ولعل من بعض هذه التفسيرات المقدمة استجلاء لهذه الحقائق، ما يقدمه البعض في الفقه، الذين يعتبرون ان الاحكام المؤيدة للخيرة هي في الواقع احكام قليلة وقديمة، تثير في الغالب تناقضات واشكالات في تفسيرها . غير ان هذا الراى يتجاهل كثيرا من الحقائق الموضوعية ولا يفيد ان اصحابه التزموا حدود البحث العلمي السليم، لان هناك في الواقع احكاما كثيرة وحديثة وواضحة، لا تثير بصدد تاويل مضمونها اية صعوبة، للوقوف على حقيقة ما تفيده هذه الاحكام من الناحية القانونية او الفنية . وهي احكام تفيد -عكس ما يدعيه خصوم الخيرة- السماح بجواز الخيرة بادق معانيها بين العاقدين (1) .

ومن المفيد ان ننوه، الى ان خير اساس للخيرة، في هذه الاحكام وما شابهها كما يعتقد البعض هو فكرة النظام العام، مضاف اليه بعض الاعتبارات الاخرى التي يقضي بها العدل، او ما تمليه مبادئه على القضاة، في تقديم يد العون للمضرورين والتوفير لهم بادق ما يمكن، اصلاحا للاضرار النازلة بهم، تعويضا كاملا وشافيا لما ابتليوا به . والعدل بهذا المفهوم، يجب ان يكون دائما الى جانب المضرور ولا الى جانب الاثم، ومن ثم كان لا بد من السماح للمضرور، للحصول على حقه كاملا في التعويض، بالخيرة وبالاحتجاج بالقواعد العامة الناظمة للمسؤولية التقصيرية .

---

(1) راجع استئناف باريس 22/10/1941 مشار اليه في مارتين، الرسالة المذكورة ص63 .
وكذلك استئناف قرونوبل 3/11/1947 مشار اليه في مارتين، الرسالة المذكورة ص63 .

./.

الفصل الرابع

نظرية عدم الخيرة او نظرية عدم الملاءمة بين نظامي المسؤولية المدنية

وفي هذا الفصل ، نحاول ان نتبع نفس الطريقة التي آثرنا عليها في دراسة نظرية الخيرة . فنحاول اولا بيان محتوى هذه النظرية لنتعرف على الاسس التي ترتكز عليها والنتائج المترتبة عليها . دون ان نغفل الاستثناءات الواردة عليها .

المبحث الاول : في محتوى نظرية عدم الخيرة .

وتفيد هذه النظرية كل ما تفيده ، هو ان لكل نوع من المسؤولية المدنية نطاق خاص بها (1) ويتضح ذلك في راى اصحابها ، من الطريقة المتبعة في صياغة وترتيب النصوص للقانون المدني ، الذى افرد على ما يظهر ، لتنظيم كل نوع ، فصولا خاصة به ومختلفة عن الاخرى . وهو الامر الذى جعلهم يؤمنون الى حد بعيد بفكرة التنظيم الخاص المستقل الذى يزخر به كل نوع من انواع المسؤولية المدنية نظام خاص بالمسؤولية العقدية والذى لا يهم الا العاقدين ونظام عام تقصيرى لا يهم الا الاغيار (2) .

والظاهر ان هذا التحليل المستمد من الترتيب الشكلي للفصول والمواد لا يكفي بمفرده كسند قوى لنفي الخيرة . لان القول بوجود نطاق خاص لكل منهما ، لا يفيد ولا يعني وهذا هو الاهم ، عدم امكان تطابق النظامين في ظروف معينة . . . وهذه هي المسالة الجوهرية التي تستدعي في المقام الاول بحثها والاجابة عنها . وامكان هذا التطابق بين نطاقيهما ، يبقى سؤالا مطروحا في حاجة الى اجابة

---

(1) انظر جاستون ستيفاني ، المقال السابق ، ص 81 وما بعدها .

(2) ميشال لورراسات ، المسؤولية المدنية ، 1970 ص 17 .

د . نور الدين تركي ، المرجع السابق 1982 فقرة 35 ص 33 و 34 .

./.

والواقع ان مختلف الحلول المقدمة في هذا المضمار تاكيدا لرفض الخيرة، تاسست على اعتبار لا يقل اهمية عن اعتبار النظام العام، الا وهو مبدأ سلطان الارادة وما يترتب عليه من اثار على صعيد التصرفات القانونية بصفة عامة وعلى صعيد العقود بصفة خاصة - وعلى هذا يمكن القول، بان هذه النظرية الرافضة للخيرة، تجد اساسها في مبدأ القوة الملزمة للعقد . وفكرة عدم التطابق هذه بين النظام العقدى والنظام التقصيرى هي في راى خصوم الخيرة، نتيجة واضحة وضوح البديهية وذلك لاختلاف المسؤوليتين من حيث الطبيعة . وتبعا لذلك، فان المركز القانوني الواحد في رايهم، لا يمكن ان يحكم الا في نطاق هذا النوع او ذاك من المسؤولية . فالوضع القانوني كما يقطع به الفقيه" فيرون" في عبارته المشهورة، اما ان ينتمي الى نظام المسؤولية العقدية او الى نظام المسؤولية التقصيرية ولكن هذا الوضع لا يمكن تصوره في النظامين معا وفي نفس الان (1) .

والظاهر ان هذه النظرية، تاكيدا لهذه الحقائق ودفاعا عنها، تقدم اسانيد وحججا كثيرة متنوعة ومتفاوتة في الاهمية سنحاول عرضها وتقديرها من الناحية القانونية . والجدير بالذكر، ان هناك بعض الحجج مستمدة من التاريخ . ومنها ماهو مستنتج من القانون سواء من حيث طريقة وضع نصوصه او من حيث مضمونها . بل ومنها ما يمليها المنطق القانوني او تقتضيه المبادئ العامة للقانون والعدل على السواء .

وغني عن البيان، ان كثرة هذه الحجج وتنوعها، لا يعبر في الحقيقة سوى ما لهذا المشكل من جوانب متعددة .

المبحث الثاني : اسس النظرية .

1 - الاساس التاريخي :-

وتجد هذه النظرية الرافضة للخيرة، اساسها ايضا في التاريخ . وتقدم تدعيما

---

(1) فيرون، مشار اليه في جاستون ستيفاني، المقال السابق - ص 81 .
بران، الرسالة المشار اليها، ص 126 .

لموقفها هذا ، سندا تستمده من القانون الروماني ، الذى كان يمنع في رايها قيام الاشتراك بين المسوءوليتين في نطاق واحد (1) وهذه النتيجة كما هو معلوم جاءت معاكسة للنتيجة التاريخية التي قال بها انصار الخيرة ، الذين قرروا بان القانون الروماني ، كان على العكس يجيز الاشتراك بين الدعويين طالما انه سمح بانطباق قانون اكيليا في العقد على العلاقة التي تربط طرفيه .

وهكذا وبالنظر الى المكانة المرموقة التي كان يحتلها القانون الروماني باعتباره المصدر التاريخي للقوانين اللاتينية وعلى الاخص القانون المدني الفرنسي ، فانهم آثروا الاخذ بهذا الحل الروماني في القانون الحديث ، اولا لان نظرية الالتزام لم تتبلور الا بعد تطور تاريخي حيث ارتدت جذوره الى العهود الغابرة للقانون الروماني وثانيا انهم وجدوا في المادة 1382 مدني فرنسي المتعلق بالمسوءولية التقصيرية ، بانها كانت التعبير الصادق والحديث لقانون اكيليا (1) .

وغير خاف ما لهذه الحجة من ضعف ووهن - لانه يصعب في نظرنا الاعتماد على هذه الحقائق التاريخية ، للسماح بالخيرة او رفضها . ذلك ان نظام المسوءولية في القانون الروماني لم يكن بذات الدقة الذى هو عليه الان في القانون الفرنسي والقوانين التي حذت حذوه .

2 - الاساس القانوني :-

ولضعف الاساس التاريخي الذى اعتمدت عليه في تبرير مسلكها قدمت هذه النظرية حجتين ، الاولى تستمدها من مكان النصوص وترتيبها الشكلي في القانون المدني الفرنسي ، حيث يقرر اصحابها ان كل نوع من المسوءوليتين منظم ومرتب ترتيبا شكليا مستقلا عن الاخر (2) .

---

(1) راجع بران ، الرسالة المشار اليها ، ص 115 وما بعدها .
جاستون ستيفاني ، المقال السابق ، ص 83 وما بعدها .

(2) بونيه ، المسوءولية المدنية والعقد ، المجلة الانقادية ، 1912 ص 432 وما بعدها .

ولا يراودنا ادنى شك في ان هذه الحجة كسابقتها لا تقوى على ايسر النقد ، ذلك ان الاستنتاج من مسالة شكلية قاعدة موضوعية امر يصعب الاقتناع به (1) فنية المشرع في الواقع لا يمكن ان يستشف عنها من مجرد الترتيب الشكلي الذى يكون قد خصصه لمختلف انظمته القانونية ، او في عبارة اخرى مساوية ، ان ترتيب النصوص اذا كان يظهر فعلا تنظيمين مختلفين للمسوءولية المدنية فان ذلك لا يفيد عدم امكان تطابق التنظيمين بل وليس هناك ما يبرهن على عدم تطابقهما في بعض الاحيان . وهكذا لا يمكن ان نستخلص من النهج الذى سلكه واضعوا التقنين المدني الفرنسي في وضع النصوص وتقسيمها ، وهي قاعدة شكلية محضة قاعدة موضوعية (2) ولا من اختلاف موضع المسوءوليتين فيه ، عدم امكان تدخل او تسرب احداهما في محيط الاخرى (3) .

وعلى ذلك ، يبدو من غير المنطقي الكشف عن نية المشرع من مجرد الخطة التي اعتمدها في ترتيب نظمه القانونية . لان التقسيم الوارد بشأن المسوءوليتين في القانون المدني الفرنسي والقوانين التي حذت حذوه اذا كان يفيد جواز التمسك بالمواد 1382 وما بعدها (م124 وما بعدها) فان ذلك لا يفيد بحد ذاته . ان العاقد محروم من الاحتجاج بهذه المواد ، ولا يمكنه مثل الغير الادعاء بالقواعد التقصيرية العامة .

- واما الحجة الثانية ، فهي تتعلق بروح النصوص لا بمكانها او بعبارة اخرى تتعلق باسباب التنظيم ولا بمسالة التصنيف . وهذا التنظيم لا التصنيف ، تفرضه في الواقع طبيعة الاشياء ومقتضيات الامور (4) لان الازدواج بين المسوءوليتين ، العقديةوالتقصيرية من حيث التنظيم بالمعنى المشار اليه لم يحدث بالصدفة بل له ما يبرره طالما ان المشرع اراده واستهدفه (5) .

---

(1) جاستون ستيفاني ، المقال السابق ، ص 84 .
(2) بران الرسالة المشار اليها - ص 115 .
(3) دموج ، ملاحظات في سيرى ، 1924 - 1 - 106 .
(4) راجع ، جوسران ، في النقل ، الطبعة الثانية ، رقم 628 ص 610 .
(5) انظر جان بيجو ، في جيريس كلاسور مدني ، 1971 فقرة 28 .

./.

وعليه ،فان المسؤولية العقدية باعتبارها جزاء الاخلال بالتزام يرتبه العقد ليست هي المسؤولية التقصيرية التي تعتبر في الحقيقة جزاء الاخلال بقاعدة سلوكية عامة ،ومن ثم فان طبيعة الاشياء هذه تستوجب ضرورة تطبيق القواعد التقصيرية فقط خارج العلاقات العقدية ،لتصبح المادة 1382 على حد راى الفقيه جوسران بمثابة ميثاق العلاقات غير التعاقدية" (1) .

وينبني على ما تقدم ،انه اذا اعملت قواعد المسؤولية التقصيرية في العلاقة التعاقدية . فان ذلك يؤدى حتما الى تحريف في روح النص وانحراف لمقصده ومخالفة صارخة ايضا لنية واضعه (2) كما يؤدى تطبيق المادة 1382 مدني فرنسي في الحقل التعاقدى ،من جهة اخرى ،الى القضاء على جزء كبير من النصوص الناظمة للمسؤولية العقدية (3) وهو الامر الذى يبقى معه التساؤل قائما حول الاهمية او الحكمة من وجودها . وهكذا يصبح التنظيم القانوني للمسؤولية المدنية مشوبا بالتناقض،ويفضي الى نتائج غريبة ومتعارضة مع التنظيم المزدوج الذى يعترف بوجود فروق اساسية وحقيقية بين نوعي المسؤولية المدنية .

والواقع ان الادعاء بان المسؤولية التقصيرية هي ميثاق العلاقات غير التعاقدية وانها لا تهم سوى الاغيار دون العاقدين امر لا يمكن التسليم به على اطلاقه رغم ما ينطوى عليه هذا الراى من حقائق هامة . لان صفة الغير او صفة المتعاقد ليستا دائما هي اللتان تبرران انطباق هذا النوع او ذاك من المسؤولية ،فالغير يستطيع احيانا الاحتجاج بقواعد المسؤولية العقدية وبالمثل يستطيع المتعاقد في مواجهة الطرف الثاني الاحتجاج بقواعد المسؤولية التقصيرية . وعلى هذا الاساس يمكن التقرير بانه ليس ثمة فواصل دقيقة بين الغير والمتعاقد . وهذا الامر في الحقيقة هو نتيجة منطقية يفرضها موضوع لا زال قيد الدراسة والبحث وهو موضوع تحديد

---

(1) انظر ،جاستون ستيفاني ،المقال السابق ،ص 85 .
(2) راجع بران ،الرسالة المشار اليها ،ص 115 وما بعدها .
(3) د . نور الدين تركي ،المرجع السابق .

نطاق كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ولا شك انه لما كان من العسير تحديد نطاقهما تحديدا حاسما ودقيقا فانه لا غرابة اذن ان يثار مشكل تعريف الغير . وهو التعريف الذى لم تستطع ان تقدمه لنا نظرية عدم الخيرة .

وبناء عليه ، يمكن القول بان المسؤولية التقصيرية ليست هي مسؤولية اغيار كما تدعيه نظرية عدم الخيرة ، ولكنها مسؤولية الجميع ، يمكن الاحتجاج بها اذا توافرت شرائطها وهي تقوم دائما بالنسبة لصاحبها اذا اتصف سلوكه بالانحراف ولا عبرة بكونه متعاقدا او غير متعاقد . ولكن المهم هو تحقق شرط الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد ، فاذا ثبت مثلا ان العاقد في اخلاله بالعقد ، كان في نظر القاعدة القانونية الناظمة للمسؤولية التقصيرية منحرفا عن سلوكه ، قامت مسؤوليته التقصيرية الى جانب مسؤوليته التعاقدية .

اما عن الزعم القاضي ، بان تطبيق المواد 1382 وما بعدها على المتعاقدين سوف يؤدى حتما الى افراغ النصوص الناظمة للمسؤولية العقدية من محتواها الحقيقي لتصبح في النهاية ميتة لا حياة فيها ، فهو زعم خاطيء لانه يتجاهل اهمية هذه النصوص بالنسبة للاخلال بالالتزامات العقدية البحتة ، فمثل هذه الالتزامات اذا حصل الاخلال بها كما هو معلوم ، لا تقيم الا المسؤولية العقدية ، لانه يصعب تسجيل اى انحراف في سلوك المتعاقد ، خارج هذه العلاقة العقدية ، على فرض عدم وجود العقد ، للقول بثبوت المسؤولية التقصيرية ، اما في الاحوال التي يمكن تصور فيهما مثل هذا الانحراف ، فلا مانع من تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية بين العاقدين وفي العلاقة العقدية بينهما . لان الاخلال الحاصل ، هو اخلال مزدوج ، ينصب شق منه على العقد وشق منه على الواجبات القانونية العامة ، يبرر في نظرنا قيام المسؤوليتين معا وفي نفس الوقت .

اما ما يمكن ان يثيره هذا الزعم من تخوفات ، فهي في راينا تخوفات لا مبرر لها ، حتى ولو ادى ذلك الى القضاء على جزء كبير من النصوص ، لان ذلك لو حصل بالفعل مستقبلا

./.

في قانوننا فهو امر مرغوب فيه من نواحي كثيرة، لانه يعتبر خطوة سليمة نحو التوحيد بين نظامي المسؤولية المدنية . . . وهي غاية ليست مستحيلة لانها متوقعة في الحال او الاستقبال . لان المسؤولية المدنية واحدة من حيث الطبيعة والجوهر وقائمة على ذات الاسس والاركان فلماذا لا تكون واحدة من حيث التنظيم؟ وهذا ما شأنه ان يقضي على التناقضات الكثيرة التى ما زالت بعض القوانين الحديثة ضحيته ، والواقع ان هذه التناقضات كانت نتيجة الاعتقاد الخاطيء للبعض الذين راوا في نظام الازدواج بين المسؤوليتين استقلالا بينهما كاستقلال فكرة العقد عن فكرة القانون تماما . وهذا القياس في الحقيقة، بين القضيتين هو قياس مع فارق . لان العقد اذا كان يختلف عن القانون فهو مع ذلك مرتبط به ، ارتباطا كبيرا ، مما يصعب في راينا نفي كل علاقة بينهما ، واعتبارهما مستقلين عن بعضهما البعض استقلالا تاما . بل ويبدو ان هناك علاقة وطيدة بينهما وهي من طبيعة تكاملية . ذلك ان العقد لا معنى له بدون القانون وكذلك القانون فهو لا يستطيع تحقيق اهدافه الا من خلال ما اوجده من نظم، كنظام التعاقد مثلا .

والخلاصة هي ، انه في ظل تشريعنا الحالي ، يظهر بان نظام الازدواج لا لا يتعدى في الحقيقة الازدواج في التنظيم ليصبح كما يدعيه البعض ازدواج في الجوهر او في الطبيعة بين كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية .

3 ـ الاساس المنطقي :-

ويجد اصحاب هذا الراى ، سندا اخر استنتجوه بواسطة التحليل المنطقي ، ويتمثل في انه اذا كان يسمح باشتراك المسؤوليتين في نطاق واحد ، فان ذلك من شانه ان يجعل امر تواجد نظامين مستقلين للمسؤولية المدنية ، مجردا من اية اهمية (1) او فائدة ذلك ان السماح بتشرب المسؤولية التقصيرية وتدخلها فى دائرة العقد لن يؤدى الا الى اهدار ما وجد من تناسق قانوني بين النصوص، ثم ان السماح

---

(1) د . نور الدين تركي ، المرجع السابق ، 1982 رقم 35 ص 34 .

./.

بالخبرة من ناحية اخرى ، يكون معناه من الناحية المنطقية ، أعطاء المتعاقد وصفا اخر غير وصفه الاصلي ليصبح في الاخير بوصفين متعارضين كتعارض الاجنبي مع الوطني (1) وهذه النتيجة كوسيلتها ، يصعب قبول نتائجها القانونية . لان العاقد لا يمكن ان يكون في ذات الوقت من الاغيار ، بل كل ما هنالك ، ان هذا العاقد استند الى المواد 2 138 الموضوعة للجميع .

4 - السند الذي تقضي به المبادىء العامة للقانون :-

ويستند عدم تطابق المسؤوليتين ايضا في راى القائلين به الى المبادىء القانونية العامة المعروفة ، كمبدأ القوة الملزمة للعقود والاساس الذى يقوم عليه وهو مبدأ سلطان الارادة . وهذا المبدأ الاخير يسمح ، كما هو معلوم ، للافراد في حدود النظام العام ان ينشئوا ما يريدونه من عقود وان يحددوا بالطريقة التي يرغبون فيها من اثاره ومعنى ذلك ، ان الافراد احرار في تنظيم علاقاتهم على النحو الذى يرتضونه وعلى هذا الاساس ، اذا اجزنا الخيرة للمضرور عقديا في الاحتجاج بالدعوى التقصيرية خلافا للمعتاد ، فان من شان ذلك ان يؤدى في راى خصوم الخيرة الى انهيار هذا المبدأ الاساسي والجوهري الذى تقوم عليه علاقات الافراد فيما بينهم ، والى نفي القوة الملزمة للعقود بل والى القضاء عليها (2) وهو الامر الذى من شانه ان يحدث ارباكا خطيرا بالتوازن الاقتصادى في ذمة العاقد بين الالتزامات التي على كاهله والحقوق التي لصالحه ، على نحو لا يكن في الوسع توقعه . وهكذا ينتهي بهم منطقهم ، الى تقرير النتيجة التالية ، وهي ان المسؤولية العقدية لا تنشأ الا عن العقد وفي الحدود التي يرسمها (1) .

---

(1) جوسران ، في النقل ، المرجع السابق ، فقرة 628 ص 710 .
بران ، الرسالة المشار اليها ، ص 122 وما بعدها .

(2) راجع بران ، الرسالة المشار اليها ، ص 122 وما بعدها .
وجاستون ستيفاني ، المقال السابق ، ص 87 وما بعدها .

(3) انظر تعليق "لابيه" في سيرى 1885 ، 4 ، 5 وفي سيرى 1886 ، 1 ، 1 .

وهذه النتيجة تتفق مع الفكرة القائلة بان استبعاد المسوءولية التقصيرية عن العقد انما هي في الحقيقة، استجابة لبند ضمني في العقد، مقتضاه، ان اطراف العلاقة العقدية، حالة التعاقد يفترض فيهما - انهما نزلا مسبقا عن نظرية القانون العمومي للمسوءولية المدنية، ليجعلا من العقد قانونهما الخاص فيها . ابتداء وانتهاء (1) .

وفي اعتقادنا ان هذه الحجة، لا تقوى على النقد، ومن ثم فهي تفتقر الى الاساس لانه اذا كان الاتفاق الصريح بقول القانون لا يستطيع استبعاد قواعد المسوءولية التقصيرية المتعلقة بالنظام العام (2)، فبالاولى الا يعترف لهذا الشرط الضمني في العقد باى اثر . بل وعلى فرض التسليم بوجوده في العقد، فهو في راينا شرط باطل كبطلان الشرط الصريح القاضي باستبعادها .

5 - السند الذى تقضي به مبادئ العدل :

ويعتبر رفض الخيرة ايضا في راى القائلين به، من المبادئ التي تستوجبها قواعد العدالة في اظهر صورها لان تحميل المتعاقد اكثر مما التزم به في العقد، امر ينافي مقتضياتها وتاباه قواعدها التي يجب ان تمنع، التشديد، على خلاف العادة ودون اى مسوغ قانوني، في الالتزامات التي يكون العقد قد رتبها في ذمتي العاقدين (3) .

---

(1) راجع د . محمود جمال الدين زكي، مشكلات، المرجع السابق، ص 480 وما بعدها
وجاستون ستيفاني، المقال السابق، ص 86 وما بعدها .

(2) ومن الملاحظ، ان خصوم الخيرة يعترضون على انصارها في الحجة التي يستندون اليها وهي "فكرة النظام العام"، يعترضون عليهم بان هذه الحجة لا يمكن الاستناد اليها والاحتجاج بها الا بالنسبة لقضية مدى فعالية الشروط الاتفاقية التي تعدل او تعفي من المسوءولية التقصيرية، اى ان اثر النظام العام لا يظهر الا في مسالة ابطال مثل هذه الشروط في الحقل التقصيرى واعتبارها صحيحة في النطاق التعاقدى (راجع جان بيجو، في جيريس كلاسور 1971 فقرة 28 .) .

(3) راجع الفقيه "بونيبيه" في مقاله السابق المنشور في المجلة الانتقادية 1912 ص 418 .
ديموج، المرجع السابق، الجزء 5، رقم 1244 ص 55 وما بعدها .
بران، الرسالة المشار اليها، ص 122 وما بعدها .

./.

غير ان هذا الراى ليس فيه من العدل شيء ،وان العدل يجب ان يكون الى جانب المضرور في استيفاء حقه كاملا في التعويض والدعوى العقدية كما هو معلوم لا تستطيع احيانا ان توفر له التعويض الكامل عن الاضرار التي نزلت به . وبناء عليه كان لا بد من اعمال الخيرة تحقيقا للعدل واستجابة لمقتضياته .

المبحث الثالث : نتائج الاخذ بنظرية عدم الخيرة .

ان اهم ما يمكن ان يقال عن نظرية عدم الخيرة ،هو ان كل الاراء تقريبا التي دعمتها ،نسجت بصفة خاصة حول محور واحد وهو مبدأ سلطان الارادة بما يفرضه من قوة ملزمة للعقود . اما الاراء التي حاولت هدمها ،فكانت ترتكز على فكرة النظام العام وسموه على العقود وهيمنته عليها . . .

وعلى اية حال فان من ابرز النتائج المترتبة على الاخذ بنظرية عدم الخيرة، هي في الحقيقة ما يترتب من نتائج على الاعلاء من شأن سلطان الارادة . ويمكن ان نجملها فيما يلي :-

- اولا : ان لكل مسؤولية نطاق خاص بها ومستقل عن الاخر ،نطاق تعاقدى بالنسبة للمتعاقدين واخر تقصيرى خاص بالاغيار .
- ثانيا : لا تجوز الخيرة بين المسؤوليتين وبالاولى لا يجوز الجمع بينهما .
- ثالثا : ان قاعدة منع الخيرة ليست مطلقة ،بل هناك احوال ،اجازوا فيها الخيرة استثناء . حيث سمحوا للدائن المتعاقد ،في ظروف خاصة الاحتجاج بالدعوى التقصيرية وذلك عندما يكون الضرر الذى نزل به مترتبا عن فعل يجرمه القانون الجنائي اى ان الفعل يشكل جريمة جنائية ،او كان السبب في احداثه راجعا الى غش المدين او خطئه الجسيم . ويبدو ان لهذه الاستثناءات ،في راى القائلين بها ،ما يبررها في القانون والمنطق والعدل .

1 - الحجة الفنية :-

وترجع هذه الحجة ،في تبرير الاستثناءات على نظرية عدم الخيرة ،الى النظام الفني

./.

الذى اقترحه الفقيه "دموج" الذى كان يدافع عن فكرة الشرط الضمني ، الموجود في كل العقود ، والذى بمقتضاه تستبعد المسؤولية التقصيرية من نطاق العلاقة العقدية وهذا الشرط ، كما يعتقد صاحبه ، يكفي بمفرده لعدم قيام الخيرة اساسا . ولكنه في حالة الغش ، يفقد هذا الشرط من فعاليته ولا يرتب اى اثر . ومن ثم لا يوجد في راى هذا الفقيه ، ما يمنع في هذه الحالة ، من امكان قيام الخيرة بين العاقدين . وعلى هذا الاساس ، يستخلص هذا الفقيه عن طريق ، فكرة الشرط الضمني ، في حالة ثبوته ، عدم جواز الخيرة وفي حالة عدم فعاليته جوازها (1) .

والواقع ان هذه الحجة فنية على الاطلاق ، كما انها غير واضحة ، لانها تبدو في كثير من جوانبها ، مشوبة بالتناقض ويؤدى الاخذ بها الى الاصطدام مع ابسط
التقصيرية كما راينا اذا كان لا يمكن استبعادها بشرط صريح
مبادىء القانون . لان المسؤولية في العقد لاتصالها بالنظام العام فمن باب اولى انها لا تستبعد بشرط ضمني حتى مع التسليم بوجوده . . .

<u>2 ـ السند المنطقي</u> :-

وتتلخص هذه الحجة المنطقية ، في راى اصحابها ، على ما يفرضه منطق الازدواجية ذاته . لانه عندما يحصل اخلال بالعقد ، وكان هذا الاخلال في نفس الوقت مكونا لجريمة جنائية او ترتب عن غش المدين او خطئه الجسيم ، فان هؤلاء الفقهاء يقررون في مثل هذه الاحوال بثبوت خطئين من طبيعة مختلفة ، خطا عقدى وخطأ تقصيرى يبرران تبعا قيام الخيرة بين المسؤوليتين .

وتجدر الاشارة الى ان هذا التحليل ، هو في الحقيقة راى لانصار الخيرة انفسهم وبالضبط يرجع فضله الى الفقيه "سكانتلات" وهو من اشد الانصار تحمسا لفكرة الخيرة .

ومن جهة اخرى يمكن القول بان الخطا التقصيرى لا يثبت فقط في حالة الغش او الخطا الجسيم بل يثبت في كل مرة يحصل فيها من المتعاقد انحراف في السلوك مهما كان بسيطا .

---

(1) بران ، الرسالة المشار اليها ، ص 128 وما بعدها .

3 - العدل :-

ويذهب البعض الى القول ،استنادا الى العدل ،بانه اذا كان المدين المتعاقد في العادة يعامل معاملة احسن من معاملة الغير الذى يتسبب في احداث الضرر فان السبب في ذلك يرجع على حد رايهم ،الى ان العقد ،في الاصل ،يولد فرصا كثيرة لاحتمال وقوع الاضرار بين الطرفين (1) وهذا الامر ،لا نجد له اثر في العلاقات غير التعاقدية بين الاشخاص الاجانب عن بعضهم البعض. وهكذا ،يقررون بضرورة معاملة المتعاقد بشدة في كل مرة يثبت انه الحق ضررا بالمتعاقد الاخر عن قصد وهي نفس المعاملة التي تخضع لها الغير . . .لان المتعاقد الذى يرتكب غشا يكون قد خان الثقة العقدية ،وخرج من دائرتها ،ليصبح في وضع الاغيار تماما . ولا شك ان ذلك تمليه في حقيقة الامر قواعد العدل ،التي يجب ان تقف الى جانب المضرور لا الى جانب الاثم ،في كل مرة تستدعي الضرورة ذلك (2) .

المبحث الرابع : الاحكام القضائية الرافضة للخيرة .

يمكن القول ،بادئ ذى بدء ،ان الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية ،قد اعترفت بحقيقة هامة مفادها ان المدين لا يمكن مطالبته بعناية لم يكن قد تعهد بها اصلا (3) عن طريق تاسيس دعوى المسوءولية على المواد 1382 مدني فرنسي وما بعدها ،ومنذ ذلك الحين ،بدا القضاء الفرنسي في الاقضية التالية ،يسير على هذا النهج الذى حددته الغرفة المدنية لمحكمة النقض ،فاصبح في اغلب احكامه ،يرفض الخيرة بين المسوءولية العقدية والمسوءولية التقصيرية .

---

(1) "دموج" تعليق في سيرى 1924 ،1 ،105 .

(2) "بونيه" المقال السابق ،في المجلة الانتقادية 1912 - ص 418 .
جاستون ستيفاني ،المقال السابق ،في مجلة القانون والاقتصاد - ص 89 .
دموج ،المرجع السابق ،الجزء 5 - ص 55 وما بعدها .

(3)

وتاكيدا لهذا المسلك وتدعيما له ، قررت محكمة النقض الفرنسية في حكميهما الصادرين بتاريخ 1890 ، بانه" فقط في مادة الجنح وشبه الجنح ، يلتزم الشخص بالتعويض عن كل الاضرار الحاصلة بفعله مهما كانت درجة خطئه (1) . والظاهر ان القاعدة المقررة في هذين الحكمين ، لم يكن لها في حقيقة الامر ، سوى مدى محدود في مجال الخيرة لذلك جاءت قاعدة اخرى اكثر وضوحا ودقة ، كتلك التي تقضي مثلا" بان المواد 1382 لا تطبق على الاخطاء المرتكبة في تنفيذ العقود .

ونفس هذا الموقف الرافض للخيرة ، نجده مكرسا في الحكم الذى اصدرته الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية ، في تاريخ 1911/11/21 والذى تقرر فيه بان مسؤولية ناقل الاشخاص في حالة اصابة المسافر اثناء النقل هي من طبيعة عقدية" (2) وبهذه الطريقة سمحت للناقل ، الافلات من قواعد الاختصاص في المسؤولية التقصيرية الذى ينعقد كما هو معلوم للمحكمة التي وقع في دائرتها الحادث ، لان ضحية الضرر كانت قد ادعت في هذه القضية بان شركة النقل ، كانت قد ارتكبت خطا تقصيريا . لكن المحكمة على العكس ، قررت خلافا لهذا الادعاء ، بان مسؤولية الشركة الناقلة هي من طبيعة عقدية . وهكذا لم ينعقد الاختصاص القضائي لمحكمة مكان وقوع الحادث ولكن تقرر للمحكمة التي كان يعنيها الشرط الاتفاقي المدرج في بند من بنود عقد النقل .

وفي عام 1918 تعمم هذا الرفض ، في مجمل الاقضية التي اصدرها القضاء الفرنسي والذى قرر في ستة احكام متتالية في شهر واحد ، بالنسبة للمتعاقد الذى يتعامل مع شركة السكك الحديدية ، ان هذا المتعاقد لا يمكن ان يفلت من قواعد الاختصاص او من مدة التقادم او من شرط الاعفاء التي يكون العقد قد تضمنها ، بحجة

---

(1) نقض عرائض ، 1890/1/21 في دالوز الدوري 1891-1-380 وفي سيرى 1890 ، 1 ، 408 وراجع كذلك ، نقض مدني : 1922/1/11 دالوز 1922 ، 1 ، 16 وفي سيرى 1924 ، 1 ، 104 .

(2) نقض مدني فرنسي ، 1911/11/21 في سيرى 1912 ، 1 ، 73 .

مثلا ان الشركة تكون قد اقترفت خطا تقصيريا يقيم ضدها قواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المواد 1382 وما بعدها (1) .

وفي حكمها الصادر بتاريخ 1927/4/6 نجد نفس الغرفة المدنية ، ترفض التضامن بين المدينين المتعاقدين عن عدم تنفيذ العقد (2) .

هذا ومن الجدير بالذكر ، ان غرفة العرائض لمحكمة النقض التي كانت تقول بالخيرة خلافا للغرفة المدنية ، قد تراجعت في الكثير من احكامها عن هذا المسلك ، وقررت بالتشبث بعدم الخيرة وذلك ابتداء من تاريخ 1936 (3) .

فاصدرت في 1937/3/8 حكما يؤكد رفضها للخيرة . ومن المفيد ان تنوه الى ان هذا الحكم على الحالة المعروضة ، كان يتعلق بدعوى مسؤولية ضد صانع السيارات ، مرفوعة من طرف ارملة السائق الذى هلك في حادث - كان يعزى سببه الى عيب في تركيبها . وامام هذه الحالة القانونية ، قررت غرفة العرائض بانه " اذا كانت ترتيبات المادة 1382 وما بعدها لا يمكن من الناحية المبدئية الاحتجاج بها بمناسبة خطا ارتكب اثناء تنفيذ التزام تعاقدى ، فان هذه المادة المذكورة ينبسط سلطانها على الاغيار الاجانب عن العقد " . وبهذا الحكم ، نجد انحرافها واضحا ، عن المبدا الذى قالت به في حكمها الصادر بتاريخ 1926/12/14 (4) والذى اجازت فيه الخيرة حيث اعلنت انه عندما يصادف عدم تنفيذ الالتزام العقدى خطا تقصيريا ارتكبه المدين فان المادة 1150 مدني فرنسي يتعطل عن التطبيق ويكون للدائن في المطالبة بحقه في تعويض الضرر ، ان يحتج بقواعد ومبادىء المسؤولية التقصيرية (5) .

---

(1) نقض مدني فرنسي 1918/01/14 ثلاثة احكام ، وفي 1918/01/15 ثلاثة احكام ايضا سيرى 1920 . 1 . 75 وفي دالوز الدورى 1919 ، 1 ، 68 .

(2) نقض مدني فرنسي 1927/4/6 في دالوز الدورى 1927 ، 1 ، 111 وفي سيرى 1927 ، 1 ، 201 وتعليق " هنرى مازو " .

(3) راجع مارتين ، الرسالة المشار اليها ، ص 160 وما بعدها .

(4) راجع مارتين ، الرسالة المشار اليها ، ص 160 وما بعدها .

(5) نقض عرائض 1926/12/14 دالوز الدورى 1927 . 1 . 105 تعليق "جوسران" .

./.

وفي سنة 1940 ، ووفاء لمبدا عدم الخيرة ، قررت الغرفة المدنية في قضية سرقة مجوهرات في فندق ، انه لا يمكن للعميل التمسك بالدعوى التقصيرية في مواجهة صاحب الفندق ، ليتفادى شروط التخفيف من المسوءولية المنصوص عليها في المادة 1953 / 2 من القانون المدني الفرنسي . وبهذا رفضت تطبيق المادة 1382 (1) .

كما انها رفضت تطبيق المادة 1384 / 1 ايضا في علاقة الطبيب بالمريض وذلك لوجود عقد بينهما ، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 27 / 5 / 1940 والتي كانت وقائعه تدور حول دعوى مسوءولية ، رفعها المريض ضد طبيبه المختص في الطاقة الاشعاعية عن اضرار اصابته في جلده اثناء العملية ، بسبب الاجهزة المخصصة لذلك .

على ان محكمة استئناف "ليون" كانت قد قررت اثناء النظر في الدعوى بالمسوءولية التقصيرية للطبيب المختص وفقا للمادة 1384 / 1 وذلك على اساس انه كان حارسا للجهاز الذى تسبب في احداث التهابات في خلايا الجلد ، ورات ان خطا الطبيب لا يكمن اخلاله بالعقد ولكن في عدم مراعاة اصول مهنة الطب ، وعليه فان خطاه هو خطا تقصيرى لا يبرر سوى قيام المسوءولية التقصيرية (2) .

لكن محكمة النقض ، عارضت ذلك ، واعتبرت مسوءولية الطبيب هنا ، مسوءولية عقدية مترتبة عن الاخلال او التنفيذ المعيب للالتزام العقدى الذى على كاهله ، وهذا الالتزام يتمثل في رايها ، في ضرورة تقديم العلاج بكل "عناية ووعي وحذر"

واخيرا رفضت نفس الغرفة ، تطبيق المادة 1384 / 1 بين العاقدين ، وذلك في الحكم الذى اصدرته بتاريخ 6 / 5 / 1946 والذى تتلخص وقائعه في اصابة عميل ، داخل المطبخ ، اثر انزلاقه وهو نازل من المصعد . ولكي يتفادى العميل اثبات خطا في جانب صاحب المطبخ استند في دعواه الى المادة 1384 / 1 مدني فرنسي التي تفترض كما هو معلوم خطا في جانب

---

(1) راجع جاستون ستيفاني ، المقال السابق ، ص 115 وما بعدها .

(2) هذا الحكم اشار اليه في جاستون ستيفاني ، المقال السابق ، ص 116 .

حارس الاشياء عندما يحصل الضرر بفعل هذا الشيء (راجع م 138 1 مدنـي جزائرى) . ولكن الغرفة المدنية ، قررت صراحة ، بانه في علاقات الاطراف هنا لا تكون ترتيبات المواد 1382 وما بعدها صالحة للاحتجاج بها" في تسوية خطا وقع في تنفيذ التزام ناتج عن تعهد تعاقدى".

ويمكن القول ، في النهاية ، بان هذا التعداد للاحكام القضائية في الحقيقة وارد فقط على سبيل المثال لا الحصر ، لان هناك احكام كثيرة اخرى ، ترفض ايضا فكـرة الخيرة بين المسوءولية العقدية والمسوءولية التقصيرية (1) .

غير انه من المفيد ان ننوه الى الحكم الحديث الذى نطقت به الغرفة المدنية لمحكمة النقض في 1970/3/9 والذى رفضت فيه على غرار الاحكام السابقة مبدا الخيرة ، ولقد كان هذا الحكم يتعلق بسقوط احد العملاء داخل المطبخ فاصيب باضرار وهذا ما دعاه الى مطالبة صاحب المطبخ بصفة اصلية بالدعوى العقدية وذلك تاسيسا علـى وجود التزام بالسلامة ، حصل الاخلال به من طرف صاحب المطبخ ، وبصفة تبعيـة ، طالبه بالدعوى التقصيرية تاسيسا على المادة 1/1384 . . .

والظاهر ان الغرفة الاولى لمحكمة النقض، قد رفضت الدعوى الاصلية الاولى للعميل والمؤسسة على الاخلال بالالتزام التعاقدى بالسلامة ، ذلك ان هذا الالتزام لم يكن في نظرها التزاما بنتيجة بل كان مجرد التزام ببذل عناية ، والذى يتعين فيه ان يقـوم الدليل على وجود انحراف في سلوك المسوءول اى خطا منه . كما انها رفضت الدعـوى

---

(1) راجع على الاخص:

- نقض اجتماعي 1949/6/10 جيريس كلاسور الدورى 1949 ، اا ، 5213 تعليق الفقيه اسميان .
- نقض تجارى 1953/6/22 النشرة المدنية ، ااا ، رقم 232 ص 163 .
- نقض مدني فرنسي ، 1964/6/29 النشرة المدنية ا ، رقم 345 ص 268 .
- استئناف باريس، 1949/11/23 في د الوز 1950 ، 165 .
- استئناف باريس، 1955/6/10 في د الوز 1955 ، 582 تعليق رود يير .
- نقض مدني فرنسي 1965/11/16 في د الوز سيرى 1966 ، 61 .

./.

الفرعية الثانية ،المستندة الى المادة 1384 وذلك على اساس انه بين العاقديـــــن ، لا يمكن اعمال النصوص القانونية الناظمة للمسوءولية التقصيرية (1) .

وفي نفس هذا السياق ، يشير البعض الى الحكم الذى نطقت به الغرفة الثانية لمحكمة النقض بتاريخ 1970/4/9 والذى نوهت فيه ،على ما يبدو الى رفضها للخيرة ولقد كانت وقائعه تتعلق بشخص"حداد" كلف باصلاح مضخة في البئر لاستخراج المياه منه ، واثناء مباشرة العمل ،استعان الحداد بحبل طلبها من صاحب المضخة المعطلة . غيران هذا الحبل انقطع اثناء استصلاح المضخة ،وسقط الحداد فجاة واصيب باضرار . فرفـــــع الحداد دعوى ضد العميل باعتباره مالكا للحبل ،على اساس المادة 1382 مابعدها ولكن ادعاءه هذا ،رفضته المحكمة بحجة ان الحبل قد سلم له اثر قيام عقد بينه وبـــــين صاحب المضخة ، وهو في هذه الحالة عقد "اعارة للاستعمال" .

ومن الملاحظ ،ان القاضي المعروض عليه النزاع لم تكن له اى سلطة في تغيير سبـــــب الطلب تلقائيا ،ليحل مثلا الدعوى العقدية محل التقصيرية التي استند اليها الحداد ضد خصمه (2) . والواقع ان سبب رفض الدعوى التقصيرية من طرف المحكمة ،يعود فـــي حقيقة الامر الى ان دعوى الحداد لم تكن من الناحية القانونية موءسسة تاسيســـــا سليما ثم ان هذا الرفض لا يفيد من ناحية اخرى ان الغرفة المدنية رفضت فكرة الخيرة وهكذا ينبغي للتعليق على مثل هذه الاحكام ،ضرورة التقيد بحرفيتها ليكون تفسيرهـــــا مطابقا بالفعل لحقيقة ما تنطوى عليه من معاني . ذلك ان الكثير من هذه الاحكام لا تعطي التكييف السليم لنوعية المسوءولية المثارة ، وخاصة عند ما تكون المسوءولية العقدية او المسوءولية التقصيرية توءديان في النزاع المعروض الى نتائج متقاربة . هذا وتجدر الاشارة اخيرا الى ان قيام المسوءولية التقصيرية في النطاق التعاقدى لا يفيد بالضرورة اننا بصدد الخيرة(3) كما ان الاحكام الرافضة للخيرة ، هي الاخرى نجدها احيانا ،غير فاصلة في الموضوع بشكـــــل قطعي خاصة عندما يكون الرفض فيها محاطا بنوع من التحفظ(4) .

---

(1) نقض مدني فرنسي ، ا ، 9 مارس 1970 ، جيريس كلاسور الدورى 1970 ، 5 ، 121 .
(2) راجع نقض مدني فرنسي ، اا ، 1970/4/9 جيريس كلاسور الدورى 1970 ، 4 ، 136 .
(3) جان بيجو ، في جيريس كلاسور 1971 .
(4) مارتين ، الرسالة المشار اليها ، ص 62 وما بعدها .

./.

الفصــل الخامــــس

الاتجـاه التوفيقي بين الرفـض والتاييـــد

وهذا الاتجـاه ، يحاول التوفيـق بين النظريتين المتمارضتيـن في نطاق الخيرة ، فهو من جهـة لا يطلـق رفضه للخيرة ، ومن جهـة اخرى لا يطلق جوازها في كـــل الاحـــوال بـل اجازهـا فـي حـدود معينـة وفـي ظـروف استثنائيـة ، حيث سمح بـها في حالة غش المدين او خطئـه الجسيم في تنفيـذ العقد وكذلك في حالة وقوع مخالفـة لنص جنائي بسبب الاخلال العقدى (1) . غيـر ان البعض الاخر يجيـزها ايضا حتـى فـي حالة ارتكاب اخطاء مهنيــة ، تعـلقا منهم بما كـان سائـد في القضاء الفرنسـي ، الذى اضفى على مسوءوليــة بعـــــض المهنييـن اثنـاء تاديـة الوظيفـة الطابـع التقصيرى ، وحجتهم في ذلك هـي ان التزام هوءلاء يرجـع الى مصدر قانوني يجـرد علاقاتهـم مع عملائهـم من ايـة صفة تعاقدية ، ومن هنا يستخلص هوءلاء امكان تطابـق نظـام المسـوءوليـة التقصيريـة مـع نظامهمـا التماقـدى ، ليكـــــون للمضـــرور ـ ان كانـــت هـــذه هـي رغبتـــه ، الخيار بيـن اصلـح الدعوييـن ـ غير ان هـذا الـراى لـم يحظـى بتـاييـد الغالبيـة في الفقه المعاصـر .

ولقـد راينـا ان نقسـم هـذا الفصـل الـى النقاط التاليـة :ـ

سنـدرس فـي النقطـة الاولـى ، حـالـة عـدم التنفيـذ المكـون لجريمـة جنائيـة .

وفـي الثانيـة ، سنـدرس طبيعـة المسـوءوليـة المدنيـة في حـالـة غش المديـن .

وفـي النقطـة الثالثـة سندرس المسوءوليـة المدنيـة المترتبة على الخطا الجسيم للمدين .

---

(1) راجع بران ، الرسالة المشار اليها ـ ص
راجع ، جاستون ستيفاني ، المقال السابق ـ ص 92 .

المبحث الاول : طبيعة المسوءولية في حالة عدم التنفيذ "الاجرامي" .

يرى البعض، انه اذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدى مشكلا لجريمة جنائية ، فانه يجوز للدائن المتضرر ، اجراء الخيرة بين المسوءوليتين العقدية والتقصيرية وحجتهم في ذلك ان الاخلال بالالتزام العقدى الذى يكون في ذات الوقت جريمة جنائية معاقب عليها ، يعتبر فعلا مزدوجا يشكل الجانب الاجرامي فيه الفعلة الرئيسية وتبعا لا تكون مسوءولية المدين حالئذ ، الا من طبيعة تقصيرية (1) بل ويرى البعض الاخر ، ان من يكون اخلاله جريمة ، يعتبر قد اقترف غشا او على الاقل قد تعسف في استعمال حقه اثناء تكوين العقد ، ليصبح العقد على هذا النحو معيبا من البداية ، لا يمكن ان يرتب في حالة تحقق الضرر ، الا المسوءولية التقصيرية (2) ولكن البعض الاخر منهم ، يرى بان الجريمة الجنائية ، المترتبة على عدم تنفيذ العقد ، تفترض على الاقل اخلالا بواجب قانوني عام مستقل عن واقعة عدم التنفيذ ذاتها .

ولكن هذه الاراء ، لم تسلم من النقد حيث اضحت محلا لمعارضة شديدة من طرف بعض الفقهاء ، خاصة الفقيه "مازو" الذى لا يرى في هذا الزعم ، تبريرا كافيا لقيام المسوءولية التقصيرية ، لان اعتبار المدين ، مسوءول تقصيريا في هذه الحالة على حد رايه ، فيه تجاهل صارخ للفروق الجوهرية القائمة بين المسوءولية المدنية والمسوءولية الجنائية فضلا عن ان هذا التحليل تشوبه مغالطة كبيرة ، لانه يعطي للصفة الجنائية للفعل دورا حاسما وفعالا لا ينبغي ان يكون له اصلا في نطاق المسوءولية المدنية التي تختلف جذريا عن المسوءولية الجنائية ، وعلى هذا الاساس ، وبالنظر الى حقيقة هذا

---

(1) ملاحظات " لابيه" في سيرى 1886 ، 1 ، 1 .
راجع بران ، الرسالة المشار اليها ، ص 236 .
وراجع مارتين ، الرسالة المشار اليها ص 154 .

(2) انظر نقض جنائي 26 / 11 / 1964 جازيت د ى باليه 1965 ، 1 ، 312 .
انظر نقض جنائي 17 / 5 / 1966 جيريس كلاسور الدورى 1966 ، II ، 14703 .

هـذا الاختلاف بينهما في (1) الطبيعة والاساس، ليس ثمة، من وجهة نظر القانـــون المدني في الواقع سوى دعوى واحدة وهي من طبيعة تعاقدية، كما ان الصفة الجنائية للفعل لا يمكن ان تقضي على مقومات العقد الاساسية او تغير من طبيعته باى حال من الاحوال (2) .

هذا وتجدر الاشارة، الى ان الفقه الذى اجاز الخيرة في حالة عدم التنفيـذ المكون لجريمة جنائية، منقسم هو الاخر ايضا بين عدة اتجاهات، فالبعض يجيزها دون اقامة اى تمييز بين طبيعة الجرائم في حين يجيزها البعض الاخر فقط في حدود معينة، فيقول بها بمناسبة الجرائم العمدية ويمنعها في الجرائم غيرالعمدية .

1 - الاتجاه الاول :-

هذا الاتجاه لا يعبأ بطبيعة الجرائم من حيث خطورتها او درجة جسامتها، للسماح بالخيرة بل يجيزها للمضرور، دون ان يقيم اى تمييز بين مختلف الجرائم سواء كانت عمدية تنم عن نية مبيتة لصاحبها او كانت غير عمدية ترجع الى اخطـاء لا يصحبها قصد اجرامي لمقترفها . وعلى اية حال تقوم الخيرة في هذه الاحوال مهما كانت الجرائم الواقعة، عمدية او غير عمدية . والسبب في ذلك، عند هؤلاء يرجع الى ان وقوع الجريمة الجنائية بسبب عدم تنفيذ الالتزام العقدى يستتبع بالضرورة تحقق فكرة ازدواج الفعل، الذى ينصب في شق منه على عدم التنفيذ وفي الشق الاخر يعتبر الفعل مجرما قانونا، كما انهم يضيفون الى ذلك ان من يقبل على اجراء عقد بقصد ارتكاب جريمة جنائية يكون في ذات الوقت مرتكبا لغش على الاقل متعسفا في استعمال حقه اثناء التعاقد، وعليه لا ينبغي على المتعاقد وفق منطقهم هذا ان يستفيد من الحماية العقدية المقررة في القانون المدني، لان العقد في هذا الفرض يعتبر من

(1) مازو، مشار اليه في جاستون ستيفاني، المقال السابق - ص 131 وما بعدها .
(2) راجع جان بيجو، في جيريس كلاسور، مدني 1970 .

./.

البداية فاسدا ومعيبا يشوبه خطا لا تكون له اية صلة بالعقد ولا يبرر على هذا النحو في نظرهم سوى قيام المسوءولية التقصيرية .

على ان البعض الاخر، يرى ان الجريمة الجنائية، تفترض بطبيعتها اخلالا بواجب قانوني مستقل تماما عن فكرة الاخلال بالعقد الامر الذى، يكفي في رايهم سوى قيام المسوءولية التقصيرية .

على ان البعض الاخر، يرى ان الجريمة الجنائية تفترض بطبيعتها اخلالا بواجب قانوني مستقل تماما عن فكرة الاخلال بالعقد الامر الذى، يكفي في رايهم قيام المسوءولية التقصيرية الى جانب المسوءولية العقدية، ليكون للدائن المضرور الحق في الاختيار بين دعويين غير مشتقتين من نفس السبب ولا تهدفان الى ذات النتيجة (1)

والواقع، ان هذا التحليل السابق، لا يمكن الركون اليه، واعتبار الحجج المقدمة من طرفهم، ادلة قاطعة على تحول في طبيعة المسوءولية العقدية، عندما يكون الاخلال بالعقد مشكلا لجريمة معاقب عليها جنائيا . فضلا عن ان مثل هذه التحليلات لا تستقيم بالمرة مع ما قرره الاستاذ "لابيه" الذى يعتمد في تحليله لجواز الخيرة، على فكرة سوء نية المدين" التي تتحقق في فرض وقوع الجريمة الجنائية وفي فرض عدم وقوعها ومع ذلك فهو يجيز الخيرة في الحالة الاولى ويرفضها في الحالة الثانية (2) .

2 - <u>الاتجاه الثاني</u> :-

وهذا الاتجاه، هو اقل تعميما للخيرة من الاتجاه الاول ويرى اصحابه بضرورة اقامة التفرقة بين مختلف الجرائم الحاصلة بسبب عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه، ووجوب التمييز بينهما من حيث الخطورة الاجرامية، اى بين الصفة العمدية للجريمة

---

(1) راجع سناكتنلات، الرسالة المشار اليها، المسوءولية والضمان - ص34 وما بعدها .
(2) راجع على الخصوص، مارتين، الرسالة المشار اليها، ص 154 وما بعدها .

والصفة غير العمدية لها ،للقول بالخيرة في حالة العمد ،ونفيها في حالة التقصير او الاهمال (1) والنتيجة المنطقية المترتبة على مثل هذا التحليل ، هي ان وقوع الجريمة غير العمدية ، حالة تحقق الاخلال بالعقد ، لا يحول دون تطبيق مبادئ القانون المدني التعاقدي بين الاطراف .

والواقع ،انه من الصعب التسليم بهذا الراى وقبول نتائجه لانه يعتمد على فكرة "سوء نية المدين" فقط ويتجاهل صفة "التجريم" ذاتها . فسوء نية المدين ، كما هو معلوم ، حاصل ايضا في حالة الغش، ومع ذلك لا خيرة للدائن في راى هؤلاء ، فضلا عن ان الجريمة العمدية التي تبرر قيام الخيرة ، اذا كانت تفيد نوعا من التشديد في مسؤولية المدين خلافا للمألوف فهي مع ذلك ليست دليلا قاطعا على حدوث اى تغيير في طبيعة المسؤولية المدنية التي تبقى في كل الفروض عقدية . ولو كان للاخلال الحاصل انعكاسات على الصعيد الجنائي . فالمسؤولية المدنية العقدية لا تصبح في النهاية تقصيرية لمجرد ان القانون الجنائي قد رتب عليها بعض النتائج القانونية . وعلى هذا الاساس، تبدو النتيجة المنطقية والحتمية التي يؤدى اليها تحقق الجريمة من الناحية القانونية . هي قيام المسؤولية الجنائية لمرتكبها . كما انه ليس هناك ما يمنع في نظرنا ، من ترتيب نتائج مدنية مختلفة للفعل ذاته يستدعيها التكييف الحقيقي والسليم الذى يعطيه له القانون المدني . ومعلوم ان التكييف الذى يعطيه القانون المدني لحالة قصور المدين المتعاقد عن تنفيذ ما التزم به - لا يمكن ان يتعلق من الناحية المبدئية الا بالمسؤولية العقدية ومما يؤكد ذلك ، حقيقة الاختلاف الجوهرى الموجود بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية ، سواء من حيث الاساس او الطبيعة او الغاية لكل منهما . وهذا الاستقلال كما هو معلوم يستحيل معه ان يكون للدعوى الجنائية مثلا القدرة في التغيير من

---

(1) مارتين ،الرسالة المشار اليها - ص 154 وما بعدها .
في هذا المعنى ، دموج ، الجزء 5 رقم 1244 ص 557 .

طبيعة الدعوى المدنية ..وعليه ،لا يمكن ان تصبح مسؤولية المدين العقدية تقصيرية لمجرد ان الاخلال الحاصل مكون لجريمة جنائية معاقب عليها ،وترتيبا على ذلك يمكن القول مع البعض،بانه لا يوجد في الحقيقة ـ في هذه الحالة ـ سوى فعلا واحدا . وهوعدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدى ،ولكن كل ما هنالك ان هذا الاخلال ،لخطورته ،معاقب عليه جنائيا (1) وينبني على ما تقدم ،ان وقوع الجريمة بحد ذاته ،لا ينال من طبيعة المسؤولية المدنية الحاصلة .

3 ـ موقف القضاء الفرنسي من المسالة .

أ) القضاء الجنائي الفرنسي =

يرى هذا القضاء بان الدعوى المدنية المباشرة امام المحاكم الجزائية هي دائما من طبيعة تقصيرية . وهذا ما تؤكده الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 1923/06/01 عندما تقرر" بان القضاة ،في حالة الاخلال الاجرامي للالتزام العقدى ليسوا ملزمين باتباع قواعد المسؤولية العقدية لان الاضرار المترتبة عن الجريمة الجنائية ،على حد رايها ،هي " نتيجة لعناصر مادية او معنرية معقدة ،وعليه يتعين على القضاة المعروض عليهم النزاع عدم التشبث بالترتيبات الضيقة للمواد 1149 و 1153 من القانون المدني الفرنسي ، بل يتعين عليهم اعمال سلطتهم التقديرية الواسعة في تقدير هذه الاضرار وبكل حرية " (2) .

وتقرر نفس الغرفة ،في حكم اخر لها ،ذات المبدأ عندما تعلن "ان القضاة ليسوا ملزمين بالرجوع الى الاتفاقات الحاصلة بين الاطراف عندما يكون سبب المسؤولية مترتبا بالضرورة عن جريمة جنائية (3) " .

---

(1) مارتين ،الرسالة المشار اليها ،ص158 وما بعدها .

(2) مارتين ،الرسالة المشار اليها ،ص158 وما بعدها .

(3) نقض جنائي 1946/6/6 جريس كلاسور الدورى 1946 ،2 ،3236 تعليق الفقيه "رود يير"

./.

وتعليقا على هذه الاحكام التي نطقت بها غرفة العرائض لمحكمة النقض، يرى البعض بان الجريمة الجنائية في الواقع كانت ترتكز على عناصر اجنبية عن العقد (1) ولا تفيد سوى تحقق المسؤولية التقصيرية للجاني •

غير ان هناك احكاما اخرى، يفهم منها ان المسؤولية العقدية تستبعد تماما لتترك مكانها للمسؤولية التقصيرية وهذا ما يستشف من الحكم الذي اصدرته الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1946/12/12 بمناسبة مسؤولية الطبيب التي كانت في الاصل عقدية (2) حيث اعتبرت مسؤولية خلافا للاصل، مسؤولية تقصيرية عند ما يوصف اخلاله بالالتزام العقدي بطابع الجريمة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 319 جنائي فرنسي • ولا شك ان اساس الدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى الجنائية في نظر هذا القضاء هو بالضرورة تقصيري (3) •

ب) القضاء المدني الفرنسي =

لم يتردد القضاء المدني الفرنسي في السماح للمضرور عقديا من مباشرة دعوى المسؤولية المدنية بعد سقوط الدعوى الجنائية على اعتبار ان تقادم الدعوى الجنائية لا ينطبق، عند ما تتاسس الدعوى المدنية على العقد اوعلى قاعدة من قواعد القانون المدني • ويتضح من ذلك، لاول وهلة ان قانون الخيرة لم يكن معولا عليه في الاصل عند ما ترفع الدعوى المدنية ـ الناتجة عن الجريمة ـ امام القضاء المدني (4) •

ولقد استخلص البعض، تعليقا على مسلك القضاء المدني الفرنسي في هذا الصدد، ان ضحية الضرر، اصبح لها خيرة قضائية بين ان ترفع الدعوى المدنية،

---

(1) انظر في التعليق على هذه الاحكام، مارتين، الرسالة المشار اليها، ص159 و 160 •

(2) نقض جنائي 1946/12/12 في دالوز الدوري 1947 • 1 • 94 وفي جازيت دي باليه 1947 ـ 1 ـ 57 •

(3) راجع مارتين، الرسالة المشار اليها، ص160 •

(4) راجع نقض مدني 1928/01/9 في سيري 1928 ـ 1 ـ 127 وفي جازيت دي باليه 1928 ـ 1 ـ 408 •

اما امام القضاء المدني او امام القضاء الجنائي غير ان هذا الاجراء القانوني في رايهم ،لا يفيد حدوث اى تحول في طبيعة المسؤولية المدنية كما ان تصور قيام المسؤولية المدنية الى جانب المسؤولية الجنائية امر طبيعي يرجع في الحقيقة الى الاختلاف الجوهرى القائم بينهما • اما المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية فلا يمكن على حد رايهم ،تصور قيامهما في ذات الوقت لانهما توجدان على صعيد قانوني واحد وهو القانون المدني (1) •

<u>المبحث الثاني</u> = الاخلال بالالتزام يرجع الى غش المدين •

لقد سبق ان راينا كيف وصف وضع المتعاقد الذى يرتكب غشا اثناء تنفيذ الالتزام الذى يرتبه العقد على كاهله • وهو الوصف الذى كان مرادفا للخيانة ،حيث اعتبر مقترفه بانه ذلك الذى يخون الثقة المشروعة التي يوفرها له الميثاق التعاقدى •

وانطلاقا من هذه الحقيقة المتصورة ،يثور التساؤل حول ماذا كان المدين المتعاقد سيء النية • خاضعا للاحكام العامة للمسؤولية التعاقدية كالمدين حسن النية تماما ام انه على العكس،لا يستفيد من هذه الحماية العقدية التي يوفرها العقد عادة لطرفيه لانه يكون بخيانته قد خرج من الدائرة العقدية ليصبح في وضعية الاغيار تخضع مسؤوليته عندئذ لنفس القواعد التي يخضعون اليها وهي القواعد العامةللمسؤولية التقصيرية (2) •

والواقع،ان للاجابة على هذا التساؤل اهمية بالغة الخطورة في قانون الخيرة ، لانه اذا كان الغش بالفعل يحدث تغييرا في طبيعة المسؤولية العقدية للمدين فان ذلك يكون معناه من الناحية المنطقية امكان قيام الخيرة بالنسبة للدائن المتضرر اما اذا كان الغش،لا يحدث مثل هذا التغيير في الطبيعة التعاقدية للمسؤولية الحاصلة فلا مكان لتصور قيام الخيرة ،حتى ولو عومل صاحبه معاملة اشد من معاملة المدين حسن النية •

---

(1) انظر ،مارتين ،الرسالة المشار اليها _ ص163 •

(2) بران ،الرسالة المشار اليها _ ص 241 وما بعدها •

•/•

ومن الجدير بالذكر ان نفس هذه الاشكالية القانونية مثارة بالنسبة للمدين الذى يرجع عدم تنفيذ التزامه الى خطاه الجسيم • لان هذا الفعل في الراجح وان تجرد من النية الاثمة ،فهو يبلغ من الجسامة قدرا ،يجعله مستويا في آثاره وخطورته مع الغش(1) •

ولا شك ان مثل هذه المقابلة ،بين فكرتي الغش والخطأ الجسيم ،اذا كان ما يبررها من الناحية العطية ،فهي مقابلة غير دقيقة من الناحية الفنية وان كان القانون الفرنسي والمصرى والجزائرى قد كرسوها في العديد من النصوص• لذلك لم تحظى بتاييد البعض في الفقه خاصة في نطاق الخبرة (2) •

وهذه الصعوبة التي يثيرها مضمون الخطأ الجسيم ،رغم اتحاده في الاثار مع الغش،في نطاق الخبرة ،تستدعي منا في المقام الاول ،تحديد مفهومه بدقة والبحث فيما اذا كان يسوغلنا من الناحية الفنية والقانونية اخضاع مرتكب الخطأ الجسيم الى ذات القواعد التي يخضع لها سيء النية •

لذلك راينا ضرورة بحث القواعد العامة التي يخضع لها المدين سيء النية اولا ثم نحاول بيان النظام الذى يحكم الخطأ الجسيم •لنتاكد فيما اذا كان يسوغ من الناحية المنطقية اخضاع المدين مرتكب الخطأ الجسيم في تنفيذ التزامه الى نفس القواعد التي تحكم المدين سيء النية ام على العكس ان في مثل هذه التسوية ضرر بمرتكب الخطأ الجسيم ،لان في معاملته على غرار المدين سيء النية ،معاملة مجحفة في حقه ومعاملة اشد بكثير مما يستحقها •

وينصرف معنى الغش عادة الى ذلك الفعل الارادى الاثم ،لاحد الاطراف الذى يؤدى الى عدم التنفيذ او التنفيذ المعيب للعقد الذى قام في الاصل صحيحا بين طرفيه (3) •

---

(1) بران ،الرسالة المشار اليها - ص 241 وما بعدها •
مازو ،المرجع السابق - ص 254 وما بعدها •
(2) راجع مارتين ،الرسالة المشار اليها - ص
(3)

وعليه يجب استبعاد الاحوال التي يكون فيها المدين سيء النية في مرحلة التعاقد اى عند ابرام العقد ،لان الدائن في الراجح في مثل هذه الاحوال يجوز له طلب الابطال واللجوء عندها الى الدعوى التقصيرية ،اذا ترتب على زوال العقد ضرر ما .

ومن الملاحظ ان البطلان هنا يتاسس كما هو معلوم على القواعد المتعلقة بعيوب الرضا المنصوص عليها في المواد من 81 مدني جزائرى الى المادة 91 مدني جزائرى . وعلى هذا فان المسالة التي تستدعي البحث والدراسة هي تلك التي يثيرها الغش الذى يرتكبه المدين اثناء تنفيذ الالتزام الذى يترضعه العقد الصحيح ،اما الغش الذى يزامل مرحلة التعاقد فهو مسالة لا تندرج في نطاق هذه الدراسة .

وغني عن البيان ان المشرع سواء في فرنسا او في مصر او في الجزائر قد اظهر موقفه المتشدد في معاملة المدين سيء النية حيث اخضعه لاحكام قاسية خروجا عن المالوف ،رغبة منه في وضع حد لنيته الاثمة . ومن امثلة ذلك مانجده مقررا في المادة 2/172 التي تنص " ... وعلى كل حال يبقى المدين مسوءولا عن غشه او خطئه الجسيم " . اما المادة 2/178 مدني جزائرى فهي تبطل الاتفاق المعفي من المسوءولية في حالة الغش والخطأ الجسيم " واما المادة 2/182 مدني جزائرى فهي تفيد بالمفهوم العكسي ،ضرورة الزام المدين الذى يرتكب غشا او خطأ جسيما . بالتعويض الكامل للدائن ،وتندرج المادة 185 مدني جزائرى ،تقريبا في نفس هذا السياق عندما تسمح للدائن في حالة الغش والخطأ الجسيم بالمطالبة باكثر من القيمة المحددة في العقد .. " فما هو التفسير السليم الذى ينبغي ان يحاط بمثل هذه النصوص الناظمة للغش؟ وهل يعتبر المتعاقد المسوءول عنه ،وفقا لهذه النصوص خاضعا لاحكام المسوءولية العقدية ام على العكس الى احكام المسوءولية التقصيرية للقول تبعا بامكان الخيرة اوعدمها .

وتوضيحا لمختلف جوانب هذا المشكل يجدر بنا تسليط الضوء على محاور ثلاثة رئيسية =

اولا - في التشريع =

يظهر واضحا ،ان النصوص القانونية المتعلقة بالغش،تكاد تشترك كلها من حيث مضمونها • وهو المضمون الذى يفيد الشدة في معاملة مقترفه وضرورة مساءلة المدين سيء النية مسؤولية قاسية على خلاف مقتضى الحال •فالمادة 1150 فرنسي تجسد هذا المعنى عندما تؤكد صراحة بان المدين الذى يرتكب غشا في تنفيذ التزامه العقدى ،لا يمكن له من حيث الاصل الاستفادة مما هو مقرر من حماية للمدين العادى فهو لا يستطيع الاحتجاج مثلا بالشرائط العقدية التي تحدد من مبلغ التعويض المستحق حال تحقق المسؤولية او تعفيه كلية منها (انظر المادة 178 فقرة 2) بل يسال حالئذ مسؤولية كاملة ويلزم بالتعويض الكلي (انظر المادة 2/182) عما يحدثه من اضرار للطرف الاخر• وهكذا يمكن القول بالجملة ،ان القانون المدني في حالة الغش،لا يعتد ولا يعترف بصحة الشروط الاتفاقية التي تحصل بين طرفي العلاقة العقدية •

وتتدرج المادة 4/1153 فرنسي في نفس هذا السياق عندما تلزم القضاة المعروض عليهم النزاع،بوجوب الحكم ،في حالة رجوع الاخلال بالالتزام العقدى الى سوء نية المدين بالتعويضات الاضافية والتاخيرية المستحقة عن تماطل المدين وتقاعسه في دفع المبالغ النقدية في الاجال المحددة والمتفق عليها بين الاطراف•

وفي موطن آخر،تنص المادة 1645 مدني فرنسي ايضا على ذات المبدأ ،عندما جعلت البائع،الذى يعلم بشوائب المبيع وقت التعاقد ،مسؤولا وضامنا لكل الضرر النازل بالمشترى بسبب هذه العيوب •

وبنفس هذه الشدة ،يعامل القانون المدني الجزائرى المدين سيء النية او من يفترض ان يكون في وضعه ،كمرتكب الخطأ الجسيم • فنجد المادة 172 والمتعلقة بالالتزام بعمل ،والذى موضوعه بذل عناية معينة وليس نتيجة محددة ،لا ترتب اية مسؤولية على المدين ،الذى يكون قد توخى الحيطة التي يبذلها الشخص العادى ،حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود • بينما نجد الفقرة الثانية من

•/•

نفس المادة ،تحرم المدين سيء النية ،من هذه الميزة ،فتجعله مسؤولا عن غشه او خطئه الجسيم خلافا للمدين حسن النية .

هذا وتاتي المادة 178 مدني جزائري بنفس هذه القساوة في فقرتها الثانية ،على مسؤولية المدين سيء النية . فمع جوازها الاتفاق على تحمل المدين في الاصل تبعية الحادث المفاجيء او القوة القاهرة وكذلك جوازها الاتفاق على اعفاء المدين من اية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ،فهي تبطل في فقرتها الثانية مثل هذه الاتفاقات الحاصلة بين العاقدين ،اذا كانت الاضرار وليدة غش المدين او خطئه الجسيم مع مراعاة حكم الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه (راجع المادة 178 مدني جزائري) .

كما تنص المادة 2/182 مدني جزائري على ضرورة التزام المدين الذي لم يرتكب غشا او خطأ جسيما الا بتعويض الاضرار المتوقعة او التي كان بالامكان توقعها في العادة اثناء التعاقد . والظاهر ان ما يمكن استنتاجه بالعكس ،هو وجوب التعويض الكامل في حالة وقوع اضرار نتيجة غش المدين او خطئه الجسيم ،اي تعويض الدائن المضرور عن الاضرار المتوقعة او غير المتوقعة .

وتفيد المادة 185 مدني ايضا نفس هذا المعنى ،عندما تسمح للدائن المتضرر المطالبة باكثر من القيمة التعويضية المحددة والمتفق عليها في العقد في حالة غش المدين او خطئه الجسيم .

على ان المادة 187 هي الاخرى تحرم الدائن من جهة اخرى في حالة ثبوت سوء نيته ،المطالبة بحقه في التعويض او تنقص منه .

واخيرا يمكن ان ننوه الى الحكم الذي جاءت به المادة 192 مدني جزائري ،والذي يفيد ان غش المدين في اي تصرف يقوم به لا يكون حجة على الدائن ...

./.

ويظهر من خلال هذه الامثلة ،وما يشابهها في مواطن اخرى كثيرة ،ان المشرع كقاعدة عامة . يظهر قسوته وشدته بالنسبة للشخص الذى تثبت سوء نيته سواء كان مدينا او دائنا . خلافا للشخص حسن النية ،حيث اخضعه لقواعد قانونية صارمة وحرمه من كثير من الضمانات القانونية التي تكون للشخص حسن النية .

اما عن النصوص القانونية التي تتعلق بمسؤولية المدين في حالة الغش فهي في الحقيقة لا تخرج عن هذا الاصل ولا توحي باى تغيير في طبيعة المسؤولية العقدية التي تثبت قانونا حالة اخلاله بالالتزام العقدى الذى يرتبه العقد على كاهله سواء كان قاصدا ذلك عمدا اوكان متهاونا . لان العبرة دائما هي بتحقق واقعة عدم التنفيذ ذاتها دونما اى اعتبار لنية صاحبها . وعلى هذا الاساس يمكن القول بان مسؤولية المدين في حالة الاخلال بالالتزام هي دائما من طبيعة عقدية سواء رجع عدم التنفيذ الى حسن او سوء نية المدين ولا عبرة لطبيعة النية الا في الشدة التي يعامل بها هذا ولا يعامل بها ذاك .

وعلى العموم ،ليس ثمة دليل تشريعي قوى سواء في فرنسا او في الجزائر يفيد تدخل المسؤولية التقصيرية في نطاق المسؤولية العقدية في حالة غش المدين للقول بامكان تحقق الخيرة تباعا بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية .

ثانيا ـ <u>في الفقه</u> =

الفقه في هذه المسالة كما راينا منقسم بين اتجاهين = الاول يقضي بان معاملة المدين سيء النية المتشددة ليست سوى استثناء من بين الاستثناءات الواردة على المسؤولية العقدية (1) اما الثاني فهو على العكس يذهب الى ابعد من ذلك عندما يقرر بان المدين سيء النية الذى يعامل بشدة في هذه الحالة ،يكون قد خضع خلافا للمالوف،للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية (2) .

---

(1) مازو،المرجع السابق ،ص 254 وما بعدها .

(2) بران ،الرسالة المشار اليها ـ ص 249 وما بعدها .

./.

وبهذه الطريقة يصل اصحاب هذا الراى وعلى راسهم الفقيه "جوسران" الى تدعيم فكرة حلول المسؤولية التقصيرية محل المسؤولية العقدية .

أ) انصار الخيرة =

مستند التحليل الذى يقدمه انصار الخيرة ،في حالة الاخلال الذى يرجع الى غش المدين ، يرتكز على حقيقة مفادها ان سوء النية يؤثر نوعيا في طبيعة العقد لانها في الاخير تجعله معيبا . الامر الذى تنجم عنه حالة قانونية جديدة مختلفة عن تلك التي يخضع لها في الاصل المدين العادى ،والواقع ان هذا التحليل عندهم ،يجد اساسه في التاويل الذى تناولوا به القاعدة الرومانية القديمة التي كانت تفيد ان " الغش يفسد كل شيء " fraus omnia corrumpit وعليه . يصبح العقد الذى لم ينفذ بسبب غش المدين فاسدا . والمسؤولية العقدية للمدين لا يمكن ان تقوم على عقد فاسد تهدمت مقوماته وانهارت اركانه . فالنظام التعاقدى على حد راى البعض،هو نظام ثقة وامان لا يدوم بخيانة من اقامه وشيده " حيث يعتبر الغش الذى يقترفه المدين بهذا المعنى اظهر صورة لهذه الخيانة واعظمها . وابلغ دليل على فرار صاحبه من الدائرة العقدية ليجد نفسه في وضع الاغيار الاجانب عن العقد .

وهذا التصور القانوني وجد قاعدته في الاعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي ،حيث كانت احد فقراته تقضي بانه " يترتب على الغش الذى يرتكبه المدين ظهور التزام جديد ومستقل عن العقد .. " وهي العبارة التي استخلصوا منها فيما يبدو قيام المسؤولية التقصيرية بدلا من المسؤولية العقدية . ويتفق هذا الراى مع ما ساد عند البعض الاخر منهم الذين اكدوا بان المسؤولية المدنية للعاقد سيء النية هي دائما تقصيرية .

والواقع ان هذا الراى وان كان يقوم على حقيقة هامة وهي ضرورة معاملة المدين سيء النية معاملة اشد من معاملة المدين حسن النية فهو مع ذلك لا يقوم - بشان تحديد طبيعة مسؤولية المدين سيء النية - على تحليل

./.

سليم ذلك ان الغش الذى يرتكبه احد اطراف العلاقة العقدية لا يمنع الطرف الثاني ،من الاحتجاج بقواعد المسؤولية العقدية اذا كانت هذه هي رغبته .

وعلى العموم فان الراى الذى يتمسك بالخيرة في حالة الغش يجد مستنده في القاعدة القديمة التي تقضي بان الغش يفسد كل شيء وعليه فان الغش في العقد عندهم كالغش في القانون يوقفان على السواء تطبيق القواعد العامة ومن ثم فان من يخون الميثاق الذى قطعه بمحض ارادته على نفسه في العقد لا يمكن له ان يلجأ اليه مرة ثانية ليحتمي به . لان القانون -على حد راى البعض- لم يصنع نظام رحمة لخدمة النيات السيئة (1) .

ومن جهة اخرى فان تعليق مسالة الخيرة على تفسير الارادة العاقدة هو تحليل من شانه ان يجعل علاقات الافراد قائمة على الخداع والخيانة ليصبح العقد فيها بهذا المعنى وسيلة غير مشروعة هدفها التحايل على قواعد القانون (2) .

والخلاصة التي يمكن ان ننتهي اليها هي ان الغش الذى يقترفه احد العاقدين لا ينصب في الحقيقة على العقد ذاته للقول بفساده ولكن الغش يتعلق بواقعة عدم التنفيذ وهي واقعة مستقلة عن العقد وان ترتبت عليه . وعلى هذا الاساس يبقى العقد صحيحا وليس ثمة ما يبرر فساد اركانه او مقوماته . ويتجلى ذلك بصفة واضحة في الاحوال التي لا يريد فيها الطرف الثاني النظام العمومي للمسؤولية التقصيرية ،حيث لا يوجد ما يمنعه من الناحية القانونية من البقاء في الحقل التعاقدى والاحتجاج بقواعد العقد من وجوه اخرى . ثم ان المسؤولية العقدية في حقيقة الامر هي مسؤولية قائمة وحاصلة

---

(1) راجع اندرى بران ،الرسالة المشار اليها ،ص 249 وما بعدها .

(2) بران ،الرسالة المشار اليها - ص 249 وما بعدها .

./.

فضلا حالة تحقق اخلال العاقد بالتزامه العقدى سواء كان حسن النية او سيئها • وهي بهذا المعنى ،جزاء يترتب على الاخلال بالالتزام العقدى ذاته مهما كانت نية المدين به • ولكن كل ما هنالك ان المشرع،في حالة عدم التنفيذ المقصود ،قد اظهر شدته وقسوته بالنسبة لصاحبه حيث اخضعه للقواعد الاستثنائية الخاصة للمسؤولية العقدية وليس للقواعد الاصلية والعامة فيها •

ب) خصوم الخيرة =

يقرر انصار هذا الراى ،بان النصوص المتعلقة بمسؤولية المدين سيء النية لا علاقة لها بفكرة قيام المسؤولية التقصيرية وانما هذه النصوص تعتبر تطبيقا خاصا لمبادئ قانون العقود الاصلية •

وعليه فان غش المدين اذا كان يستبعد بالفعل الكثير من النصوص العقدية الاصلية ،فان هذا لا يعني بالضرورة في رايهم - تفسير هذه المعاملة الشديدة التي يخضع لها ،بقواعد المسؤولية التقصيرية فقط ولو قام في الظاهر بين نظامي المسؤولية المدنية تشابه كبير• لان القانون التعاقدى ليس جامدا فهو تارة يقسو على المدين وتارة اخرى يلين في معاملته بحسب ما اذا كانت نيته حسنة او سيئة • وهكذا فان نص المادة 1150 مدني فرنسي الخاصة بالمدين سيء النية لا يعبر في واقع الامر،سوى عن رغبة الشارع في الوقوف ضد كل من تسول لهم انفسهم من العاقدين في ارتكاب الغش ليخضع اصحابه لقواعد اكثر صرامة وشدة وقسوة •

وينتهي انصار هذا الراى ،الى ان الشارع اذا كان بالفعل حريصا على توضيح مسؤولية المدين سيء النية غير المحددة فمعنى ذلك ان قواعد المسؤولية العقدية هي التي تبقى دائما واجبة التطبيق • ولا وجه للادعاء بالخيرة حتى في مثل هذه الاحوال • لان غش المدين لا يمكن ان يغير من طبيعة العقد

•/•

ولا من الطبيعة التعاقدية للمسؤولية المترتبة على الاخلال به (1) ٠

ومن بين الحجج الكثيرة التي يسوقونها تدعيما لوجهة نظرهم ،هناك حجتان اساسيتان ،الاولى قانونية والثانية منطقية ٠

أ) الحجة القانونية =

ومقتضى هذه الحجة ،ان الغش اذا كان يقيم ضد مرتكبه التزاما جديدا ومختلفا عن ذلك الذى يفرضه العقد ،وفق ما تقرره المذكرة الايضاحية للقانون المدني الفرنسي (BIGEOT Preamener) فان هذه العبارة - كانت تلحقها عبارة اخرى مكملة وهي "ولكن في هذه الحالة فان التعويضات المستحقة لا تجد سببها سوى في عدم تنفيذ العقد ٠

وهكذا وجدوا بان المعنى الاجمالي الذى قصده واضعوا القانون المدني الفرنسي هوان مسؤولية المدين تبقى دائما من طبيعة عقدية لان التعويضات المستحقة وفقا للعبارة المذكورة - يبقى سببها هو عدم تنفيذ العقد - ومن ثم فان التعويض حتى في حالة الغش يجد سببه في الاخلال بالالتزام العقدى اى ان الامر هنا متعلق دائما بالمسؤولية العقدية وليس بالمسؤولية التقصيرية ٠

ب) الحجة المنطقية =

ان الزعم القاضي بان العقد لا يدوم بعد خيانة من ساهم في اقامته هو زعم يرفضه المنطق القانوني وتاباه قواعد العدل ٠ لان غش المدين كما يرى الفقيه "لابيه" لا يمكن ان يؤثر في طبيعة دينه (2) فضلا عن ان العاقدين ، عندما اقدما على التعاقد كان في نيتهما كما يوضحه البعض - ان تبقى القواعد

(1) رينيه روديير في المجلة الفصلية للقانون المدني 1954 - ص201 وما بعدها ٠
(2) لابيه ،مشار اليه في بران ،الرسالة المشار اليها - ص243 ٠

٠/٠

العقدية سارية المفعول وواجبة التطبيق حتى في حالة عدم التنفيذ الارادى والعمدى لاحد العاقدين (1) لان المسؤولية العقدية كما حددها الشارع لا تقتصر فقط على فكرة عدم التنفيذ بحسن نية بل تشمل فوق ذلك عدم التنفيذ الذى يرجع الى سوء نية المدين ايضا • اى ان المسؤولية العقدية تتحقق بمجرد عدم التنفيذ مهما كانت صوره (2) وعلى هذا الاساس لا تبقى ثمة مجال للتحدث عن فكرة الخيرة بالنسبة للدائن في حالة غش المدين • حتى ولو كان الدائن يستطيع في هذه الحالة الحصول على كل التعويض • لان ذلك ليس معناه بالضرورة ان الدائن يكون قد استفاد - خلافا للاصل بدعوى تقصيرية بل يكون معنى ذلك فقط ان الدائن يستند في تعويضه الى نص المادة 1150 وهو نص خاص بالمسؤولية العقدية لا المسؤولية التقصيرية • هذا ومن المفيد ان ننوه الى انه ليس هناك ما يمنع قانونا من التشديد في الجزاء في الدائرة التعاقدية بالنسبة للشواذ لان ذلك سيؤدى حتما الى الاعلاء من شأن مبدأ الزامية العقد الذى تكرسه معظم التشريعات الحديثة •

اما ما سبق من ضروب مختلفة في التحليل حول قضية شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية ، والتي تعتبر صحيحة ما عدا في حالتي الغش والخطأ الجسيم ، فان السبب في ذلك يرجع الى ان شرط الاعفاء من المسؤولية في حالة الغش ، يكون قد تضمن تعهدا معلقا على شرط ارادى محض هو في الاصل باطل • لان المدين لا يلتزم في الحقيقة اذا اعطى لنفسه الحرية (3) في ان ينفذ حسب ما تمليه له ارادته او يقتضيه مزاجه •

---

(1) مارتين ، الرسالة المشار اليها - ص
(2) مازو ، المرجع السابق ، ص 254 وما بعدها •
(3) راجع جاستون ستيفاني ، المقال السابق ، ص 135 وما بعدها •
مارتين ، الرسالة المشار اليها - ص
أسمان ، في بلانيول وريبير ، الجزء السادس رقم 405 ص 568 •

• / •

وهكذا ليس من الغريب ان يبطل شرط الاعفاء في حالة غش المدين لانه في هذه الحالة يكون كالشرط الارادى المحض تماما وبناء عليه ،لا خيرة للدائن حتى في حالة غش المدين .

اما القضاء الفرنسي في هذه النقطة فهو غير مستقر على راى . فهو تارة يجعل مسؤولية المدين عن غشه مسؤولية تقصيرية وهي الاحكام التي استخلص بعض الشراح منها " جواز الخيرة " (1) وتارة اخرى يجعلها مسؤولية تعاقدية للقول بانه رفضها .

ثالثا - في القضاء =

أ) الاحكام المؤيدة للخيرة =

اولا يمكن القول بان هناك احكام كثيرة ،كانت تقضي ببطلان شروط التحديد او الاعفاء من المسؤولية العقدية للمدين وفقا لنص المادة 1150 مدني فرنسي وهذا الاجراء الذى سلكه القضاء الفرنسي ،كان يتفق تمام الاتفاق مع القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية التي تابى هي الاخرى اى شرط في التحديد او الاعفاء منها ،لان في مثل هذه الشروط - باجماع الفقه - مساس بمبادئ النظام العام وخرقا سافرا لمقوماته واركانه .

وعلى هذا النحو ،وبالنظر الى هذه الوجهة القضائية ،يمكن القول بامكان قيام الخيرة للدائن بين الدعويين العقدية او التقصيرية في مواجهة المدين الذى يرتكب غشا (2) ولقد تاكد ذات الحل بالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية في البعض من احكامها ،حيث سلكت هي الاخرى نفس النهج وقررت استبعاد القواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية في حالة غش المدين . وهو الامر الذى كان يستفاد

---

(1) استئناف بورد و 1909/7/8 في سيرى 1911-2-293 تعليق " فيرون " .
استئناف بورد و 1927/5/23 في جازيت دى باليه 1927-2-458 .
(2) استئناف نانسي 1951/1/18 في جيريس كلاسور الدورى 1951-II - 165 .

./.

منه ان المحكمة اعترفت بالخيرة عندما قضت بانطباق قواعد المسؤولية التقصيرية بدلا من القواعد العقدية ·

ب) الاحكام الرافضة للخيرة =

ونجد مثل هذه الاحكام الرافضة للخيرة ،تؤكد دائما بانطباق القواعد العقدية على الرغم من ان الدائن في دعوى التعويض كان يؤسس دعواه على قواعد المسؤولية التقصيرية · وهو النهج الذى سلكته الغرفة المدنية لمحكمة النقض في العديد من احكامها -حيث نراها ترفض الخيرة في حكمها الصادر بتاريخ 1936/6/23 والذى افصحت فيه بصريح العبارة بان اختصاص المحكمة التي تنظر في النزاع يبقى دائما هو الاختصاص الذى حددته ارادة الاطراف في العقد باتفاقهما المشترك حتى ولو رجع عدم تنفيذ الالتزام العقدى ،المرتب للمسؤولية ،الى غش المدين · ومن هنا يقرر البعض ،بان الغرفة المذكورة ،تكون قد ابقت في مسالة الاختصاص على القواعد العقدية فقط وهو ما يدل على رفضها احلال المسؤولية التقصيرية محل المسؤولية العقدية للقول تبعا بامكان الخيرة بينهما (1) ·

ويتبين مما تقدم ،ان القضاء الفرنسي بصفة عامة كان ضحية تردد في الراى بين جواز الخيرة ورفضها ولم يكد يستقر على كل حال ،على حل حاسم ومبدئي في المسالة · فهو في بعض الاحكام احيانا يجيز الخيرة وطورا يرفضها في البعض الاخر · اما المحاكم هناك ،فكان يصدق عليها ما يصدق على قضائها بصفة

---

(1) راجع مارتين ،الرسالة المشار اليها - ص143 وما بعدها ·
وانظر على الخصوص =
نقض تجارى 1950/6/12 في جازيت دى باليه ·1950 ،2 ،195 ·
نقض مدني 1 ،1962/4/04 جازيت دى باليه ،1962 ،2 ،31 ·

عامة ،والواقع ان خير تبرير لمثل هذا الاتجاه القضائي المتذبذب،هو ما كانت تمليه مقتضيات العدل على القضاة اثناء النظر في دعاوى التعويض،في ضرورة العمل على توفير اكبر قدر ممكن من التعويض لضحايا الضرر وبخاصة عندما لا تسعفهم الدعوى العقدية الى ذلك •

<u>المبحث الثالث</u> = مسؤولية المدين عن الغش الذى يرتكبه من يسال عنهم •

يلاحظ ان الغش الذى يرتكبه من يستخدمهم المدين في تنفيذ العقد •لا يترتب عليه من الناحية المنطقية وبالضرورة سوء نية المدين الاصلي (1) ومع ذلك نجد الاتجاه القضائي الفرنسي العام ،ينزع الى التسوية بين احكام مسؤولية المدين سيء النية وبين احكام مسؤولية المتعاقد عن الاخطاء العمدية التي يرتكبها من هو مسؤول عنه • وهي تسوية لم تحظى باجماع الفقه • ما دامت لا توجد اى قاعدة من النظام العام تلزم القاضي معاملة المدين الاصلي الذى يرتكب احد الاشخاص التابعين له ،معاملة اشد • لان غش هؤلاء لا يعني سوء نية المسؤول عنهم • وفضلا عن ذلك ،يعيب هذه التسوية من ناحية اخرى ،افتقارها الى الاساس التشريعي • وبخاصة عندما نعلم ان المشرع الفرنسي في القانون الصادر بتاريخ 1930/7/13 قد اجاز للعاقد ،الحق في التامين من الاضرار التي يسببها الاشخاص المسؤول عنهم ،مهما كانت جسامة او فداحة اخطائهم • ولم يتردد القضاء الفرنسي بعد ذلك ،في اعتبار التامين ضد الاخطاء العمدية للتابعين من طرف المسؤول عنهم صحيحا • ولكن هذا القضاء نفسه - بالنسبة لقواعد المسؤولية • يذهب الى ان الغش او الخطأ الجسيم لتابعي المدين مساويان من حيث حكمهما للغش او الخطأ الجسيم للمدين الاصلي نفسه • لان الخطأ الذى يصدر عن النائب - يفترض فيه من وجهة نظره انه صدر من المنوب عنه • وهكذا يستوى عنده الخطأ العمدى او الجسيم للنائب مع الخطأ العمدى او الجسيم للمنوب عنه (2) •

---

(1) مازو ،المطول في المسؤولية ،الجزء 3 ،رقم 2527 •

(2) نقض عرائض 1933/3/4 جازيت دى باليه ،1933 ،2 ،83 •

والظاهر ان مثل هذه الحلول لا تثير اى صعوبة في تبريرها من الناحية العملية لان العقود في الغالب يقوم بتنفيذها اشخاص يستعين بهم المدين لسبب من الاسباب• وعليه فهو يسال عنهم مهما كانت اخطاؤهم • لان المدين الاصلي هو الذى يكون قد اختارهم بمعرفته ومن ثم فهو مطالب بمراقبتهم اثناء تاديتة اعمالهم •

وعلى اية حال فان التشديد في مسؤولية المتعاقد الاصلي بسبب الخطأ العمدى الذى يقترفه من هو مسؤول عنهم - لا يفيد من الناحية المنطقية اننا بصدد تطبيق القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية بل نكون دائما بصدد اخلال بالتزام عقدى لا يقيم في مواجهة المدين الا المسؤولية العقدية •

ومن هنا نخلص الى القول - بان المدين الذى يرتكب غشا او خطأ جسيما بنفسه او بواسطة غيره اختارهم بدله للقيام بتنفيذ العقد ،لا تقوم في مواجهته الا المسؤولية العقدية (1) •

<u>المبحث الثالث</u> = الخطأ الجسيم / الاخلال بالالتزام يرجع الى الخطأ الجسيم للمدين •

اذا كان البعض يجيز الخيرة في حالة غش المدين على تقدير ان الغش يخرج مقترفه من الدائرة العقدية ليصبح كالاغيار تماما يعامل معاملتهم او على تقدير ان الغش يحدث تغييرا نوعيا في طبيعة العقد الذى يصبح فاسدا والذى لا يبرر - كما راينا - في مواجهة اطرافه الا القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية فان التساؤل يبقى قائما حول امكان التسوية بين الغش والخطأ الجسيم في الحكم ،خاصة عندما نعلم ان التسوية بينهما في الاثر قد كرست في ظل التشريع الفرنسي والتشريعات الاخرى التي حذت حذوه ،على الرغم من ان مرتكب الخطأ الجسيم لا يكون دائما بالضرورة سيء النية •

---

(1) راجع مارتين ،الرسالة المشار اليها ،ص143 •

ويجب اولا ان ننوه في مستهل هذه الدراسة، الى ان مفهوم الخطأ الجسيم مفهوم تقليدى قديم يكتنفه الغموض ويعاني من عدم الدقة • عرفه القانون الفرنسي والقوانين التي تاثرت به • ولا يزال في ظل معظم هذه القوانين محاطا بالكثير من الصعوبات الفنية، وهو الامر الذى جعل تعريفه عند البعض عسيرا ان لم نقل مستحيلا •••

فلو رجعنا الى DIGESTE ، راينا ان الخطأ الجسيم ، يفيد ان صاحبه "لا يفهم كل ما يفهمه الجميع" Non intelligere quod omnes intelligent

وواضح ، انه ليس ثمة اى مستند قوى او دليل قاطع يفيد ان من اقترف خطأ جسيما يكون بالضرورة سيء النية • ومع ذلك توجد قاعدة قديمة ، تجعل الخطأ الجسيم مساويا للغش من حيث الحكم على الرغم من الانتقادات التي وجهت اليها من طرف الفقهاء •• " culpa lata dolo aequiparatur.

ويظهر اخيرا ان هذه القاعدة الرومانية القديمة قد استبقى عليها كل من القانون الفرنسي والقانون المصرى والقانون الجزائرى وذلك لما تحققه من فوائد عملية كثيرة •

ومنطقي ، ان يترتب على قبول فكرة التسوية هذه ، على الرغم مما تحققه احيانا من فوائد عملية ، ان يصبح الخطأ الجسيم الذى يرتكبه المدين حسن النية مساويا من حيث الحكم للخطأ الجسيم الذى ياتيه المدين سيء النية • وهذه النتيجة تؤدى حتما الى المساس بابسط قواعد العدل كما انها تؤدى الى التشديد في معاملة شخص هو في الاصل حسن النية •• وامام هذه الاشكالية القانونية ، تبدو مسالة بحث الخصائص العامة للخطأ الجسيم على الصعيد الفقهي والقضائي ضرورة لا بد منها وذلك لنرى فيما اذا كان بالامكان السماح للدائن المتضرر من رفع الدعوى التقصيرية عند ما يرجع الاخلال بالالتزام العقدى للمدين الى خطاه الجسيم او لا يكون له ذلك •••

10— الخصائص العامة للخطأ الجسيم في الفقه والقضاء (1) •

أ) الفقه •

ان موضوع تقدير الخطورة الاستثنائية للخطأ ، موضوع يتنازعه اتجاهان فقهيان • الاول ذاتي والثاني موضوعي •

والاتجاه الاول في حقيقة الامر ، ينطلق من تحليل نفسية المسؤول اما الثاني ، فهو يحاول تقدير الخطورة الاستثنائية للخطأ من الناحية المادية والموضوعية •

والملاحظ ان فكرة التسوية بين الخطأ الجسيم والغش كان يقول بها الاتجاه الذاتي يذهب انصاره الى اقامة تمييز بين الدرجات المختلفة للارادة الاثمة في احداث الضرر (2) وعلى العموم فان هذا الراى لم يكتب له النجاح ولم يحظ بتاييد الغالبية في الفقه • الذى يعتبر البعض منهم ان فكرة الجسامة في حد ذاتها فكرة مستقلة وغير متصلة اطلاقا بفكرة نية الاحتيال او سوء النية (3) في حين يرى البعض الاخر منهم ان الخطأ الجسيم مجرد قرينة فقط على قيام سوء نية صاحبه • لان من يرتكب خطأ جسيما يفترض فيه في الغالب المالوف انه تعمد الضرر بالطرف الاخر • لكن ما يؤخذ على هذا الراى الثاني هو ان افتراض سوء النية في المدين الذى يرتكب خطأ جسيما يثير في الغالب صعوبات كثيرة خاصة فيما يتعلق بمعرفة حقيقة هذه النية وما قصدته بالفعل • ومن هنا يصبح امر اثباتها امرا عسيرا فضلا عن ان ذلك يتعارض مع المبدأ القانوني المسلم به في معظم التشريعات الحديثة • وهو مبدأ وافتراض حسن النية وليس العكس وهذا ما نجده مكرسا في المادة 2268 مدني فرنسي التي تفترض في الشخص دائما حسن نيته • وهكذا يمكن القول بان ما انتهى اليه هذا الراى في تفسيراته المختلفة لطبيعة الخطأ الجسيم يعتبر في نظرنا مبالغا فيه ، كما انه من جهة اخرى يتعارض الى حد بعيد مع النصوص القانونية •

---

(1) راجع على الخصوص جوسران في الخطأ الجسيم ، رسالة ديجون 1934 •
(2) اسمان ، في سيرى 1939 ، 1 ، 289 •
(3) راجع روبينو ، في المجلة الفصلية للقانون المدني ، 1951 ص 1 وما بعدها •

وعلى اية حال ،فان القاضي بصدد الخطأ الجسيم ،يحاول دائما ان يكون اقتناعا ذاتيا على وجود الغش افتراضا وذلك على اساس القرينة التي تفيد ذلك (1) .

والخلاصة التي ننتهي اليها ،هي ان المدين الذى يقترف خطا جسيما قد يكون سيء النية وقد لا يكون كذلك ومعنى ذلك ان المدين يرتكب خطأ جسيما لا يمكن اعتباره دائما سيء النية حتى ولو ثبتت خطورة الاخلال بالالتزام المترتب عليه وبناء عليه ،تصبح دراسة الجانب النفسي للفاعل ،في حالة الخطأ (2) الجسيم غير ذى فائدة لانها قد تفضي الى الزلل ما دام ان هناك صعوبة كبيرة في التاكد من النية الاثمة لصاحبه . وهذا في راينا هو الاعتبار القوى الذى يحتم علينا الوقوف على جسامة الخطأ لا على نية المخطيء . وهذه الناحية المادية للخطأ هي التي تميز الخطأ الجسيم عن بقية الاخطاء الاخرى ،فهو يختلف مثلا عن الخطأ اليسير من حيث وزنه او ثقله ويبين لدى صاحبه -على حد راى البعض- عدم كفاءة حقيقية في الوفاء بالالتزام الذى على كاهله . او في عبارة اخرى مساوية ،في الالتزام الذى كان الدائن يعلق عليه اهمية كبيرة (3) ومن هذا المنظور ،لا تعبر فكرة جسامة الخطأ ،في واقع الامر ،سوى عن فكرة فداحة الاخلال بالالتزامات العقدية او بالواجبات القانونية بغض النظر عن طبيعة نية صاحبه . ومما يؤكد ذلك ما ذهب اليه العميد "جوسران" الذى قرر بوضوح ،ان الجسامة التي يتصف بها الخطأ لا تعني باى حال من الاحوال سوء نية صاحبه (4) لذلك نرى بانه ينبغي التحفظ بشأن التسوية بين الخطأ الجسيم والغش ،خاصة في نطاق الخبرة ،لانها تسوية يعوزها السند وتفتقر الى الاساس القانوني . وعليه ،يتعين رفضها ونبذها خلافا لما قررته مختلف التشريعات الحديثة باسم الضرورات العملية .

---

(1) روبينو ،المقال السابق ،في المجلة الفصلية للقانون المدني 1951 .
(2) راجع على الخصوص ،مارتين ،الرسالة المشار اليها ،ص 148 .
(3) مارتين ،الرسالة المشار اليها ،ص 148 .
(4) مشار اليه في بران ،الرسالة المشار اليها ،رقم 205 .

ب) فـي القضـاء الفرنسـي =

اول مـلاحظـة ملفتـة للنظـر هـي ان الحجج التـي يسـوقهـا القضـاء الفرنسـي بشـأن التسـويـة بيـن الخطـأ الجسـيم والغـش كانـت دائمـا ترتكـز علـى اعتبارات اقتصـاديـة واخـلاقيـة • هـذا لومـا كـان مـن غيـر الميسـور علـى الفقـه ـ كما راينا ـ تحـديـد عناصـر الخطـأ الجسـيم بدقـة ـ فـان القضـاء على الضـد ، لم يجـد اى صعـوبـة فـي تحـديـد خطـورتـه وذلـك انطـلاقـا مـن الظـروف والملابسات المحيطة بارتكابـه • وعلـى ايـة حـال ، وتاثـرا منـه بالاتجـاه الموضوعـي ، فـان القضـاء الفرنسـي يـرى بان مقتـرف الخطـأ الجسـيم لا يكـون بالضـرورة قـد تعمـد الاضـرار بالغيـر • وهـذا ما تؤكـده الغرفـة المدنيـة لمحكمـة النقـض الفرنسيـة فـي حكمهـا الصـادر بتاريـخ 1948/06/28 والـذى قـررت فيـه بانـه " بالرغـم من ثبـوت حسـن نيتـه فـان المديـن ملـزم بتعويـض كـل الضـرر سبـب خطـاه الجسـيم " (1) ويـرى البعـض تعليقـا علـى وجهـة نظـر القضـاء فـي هـذا الصـدد ، ان الخطـأ الجسـيم كـان يتحقـق فـي كل مـرة يحصـل فيهـا اخـلال بالالتـزام الاصلـي الناتج عـن العقـد • امـا فـي نظـر المحاكـم ، فـان الخطـأ يكـون جسيمـا ، فـي كـل مـرة يظهـر فيهـا صاحبـه قصـورا او ضعفـا فـي السلـوك ما كـان ليظهـر فـي سلـوك الرجـل العاقـل والحريـص •

هـذا وتجـدر الاشـارة ، الى ان هنـاك اتجـاه قضائـي اخـر يرى بان الجسامـة المعـول عليها ، ليسـت هـي جسامـة الخطـأ وانمـا هـي جسامـة الضـرر الحاصـل وهـو الراى الـذى دفـع بالبعض مـن رجـال القضـاء الى النطـق بـه فـي كـل مـرة يكـون الضـرر جسيمـا وفادحـا • غيـر ان هـذا الاتجـاه لم يسلـم مـن النقـد • لانـه كـان يولـي اهميـة بالغـة لنتيجـة الخطـأ ، التـي يبـدو تحققهـا فـي راى البعـض الاخـر ، مرهـون الـى حـد كبيـر بتدخـل عوامـل اخـرى اجنبيـة عن الخطـأ يكـون

---

(1) مشار اليه في مارتـي ، الرسالة المشار اليها ، ص 149 •

•/•

الدور الحاسم في تحقق النتيجة الضارة (1) ومع ذلك نجد
اعتبار ان الضرر الفادح لا يمكن ان ينجم الا عن خطأ
لده يقول بالخطأ الجسيم في كل مرة يكون فيها الضرر

من الشراح تعليقا على موقف القضاء في التسوية بين
الغش بانها تمليها عليه اعتبارات اخلاقية فقط . في حين
في الحقيقة تبررها فوق الاعتبارات الاخلاقية ، اعتبارات اخرى
ادية وقانونية ، ذلك ان التشديد في الجزاء بالنسبة لمرتكب
يم ، من طرف الشارع - لا يهدف في راينا - الا الى تعزيز الحماية
اتها من جهة والمحافظة على قوته الملزمة من جهة اخرى فضلا عما
تحققه هذه الحماية من سلامة بالنسبة للاشخاص في اموالهم وانفسهم .

ضوء ما سبق يمكن القول بان المفهوم التقليدي للخطأ الجسيم يتعذر
ب تحديد عناصره بدقة . لذلك كان لا مفر من دراسة النظام القانوني
ع له وذلك بمحاولة بيان كافة القواعد الناظمة له .

نظام المسؤولية في حالة الاخلال بالالتزام العقدي الذي يرجع الخطأ الجسيم للمدين =

ك ان التسوية بين فكرتي الخطأ الجسيم والغش قد آثر عليها كل من
رنسي والمصري والجزائري . والملاحظ ان هذه التسوية في القانون
الفرنسي ، كما هو معلوم ، هي تسوية مقيدة ببعض الاستثناءات التشريعية
ا وهناك في بعض التشريعات المتفرقة . وللوقوف على مثل هذه القيود

روبلو " في الخطأ الجسيم في القانون الخاص ، المجلة الفصلية للقانون المدني
1 - ص 10 وما بعدها .
ن ، الرسالة المشار اليها - ص 149 .
مدني 2/8/1954 جيريس كلاسور الدوري ، 1951 ، 2 ، 6592 .

لها في الغالب الدور الحاسم في تحقق النتيجة الضارة (1) ومع ذلك نجد القضاء مطرد على اعتبار ان الضرر الفادح لا يمكن ان ينجم الا عن خطأ جسيم (2) بل ونجده يقول بالخطأ الجسيم في كل مرة يكون فيها الضرر جسمانيا (3) .

ويرى البعض من الشراح تعليقا على موقف القضاء في التسوية بين الخطأ الجسيم والغش، بانها تمليها عليه اعتبارات اخلاقية فقط . في حين ان هذه التسوية في الحقيقة تبررها فوق الاعتبارات الاخلاقية، اعتبارات اخرى اجتماعية واقتصادية وقانونية، ذلك ان التشديد في الجزاء بالنسبة لمرتكب الخطأ الجسيم، من طرف الشارع - لا يهدف في راينا - الا الى تعزيزالحماية العقدية ذاتها من جهة والمحافظة على قوته الملزمة من جهة اخرى فضلا عما يمكن ان تحققه هذه الحماية من سلامة بالنسبة للاشخاص في اموالهم وانفسهم .

وعلى ضوء ما سبق يمكن القول بان المفهوم التقليدى للخطأ الجسيم يتعذر في الغالب تحديد عناصره بدقة . لذلك كان لا مفر من دراسة النظام القانوني الذى يخضع له وذلك بمحاولة بيان كافة القواعد الناظمة له .

2 - نظام المسؤلية في حالة الاخلال بالالتزام العقدى الذى يرجع الخطأالجسيم للمدين :

لا شك ان التسوية بين فكرتي الخطأ الجسيم والغش قد آثرعليها كل من المشرع الفرنسي والمصرى والجزائرى . والملاحظ ان هذه التسوية في القانون المدني الفرنسي، كما هو معلوم، هي تسوية مقيدة ببعض الاستثناءات التشريعية الواردة هنا وهناك في بعض التشريعات المتفرقة . وللوقوف على مثل هذه القيود

---

(1) راجع " روبلو " في الخطا الجسيم في القانون الخاص، المجلة الفصلية للقانون المدني 1943 - ص10 وما بعدها .

(2) مارتين، الرسالة المشار اليها - ص149 .

(3) نقض مدني 2/8/1954 جيريس كلاسور الدورى، 1951، 2، 6592 .

التشريعية الخاصة ،وجب التعرف على موقف المشرع الفرنسي من التسوية في مختلف هذه التشريعات . واول حقيقة ملفتة للنظر هي ان معاهدة "فارسوفيا" لسنة 1929 قد اجازت التسوية بين الخطأ الجسيم والغش . كما ان القانون المدني الفرنسي هو الاخر يكرسها ايضا . وذلك تاثرا منه كما سلف القول ، بالقاعدة الرومانية القديمة والقاضية بالتساوى في الحكم والاثر بين الخطأ الجسيم والغش . لكن قانون التامين الفرنسي الصادر في 1930/07/13 يرفضها خاصة عند ما يقرر بصريح العبارة ان من يقترف خطأ جسيما لا يمكن اعتباره مدنيا سيء النية . واما القضاء الفرنسي فان الاتجاه السائد فيه ،في جميع مستوياته ،هو اتجاه مؤيد للتسوية بينهما . فمثلا نجد المحاكم الدنيا في فرنسا -على غرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض هناك ،تؤكد فكرة التسوية عندما تعتبر ان من يقترف غلطا فادحا يجب ان يعامل بنفس المعاملة التي يعامل بها المسؤول عن الغش(1) كما اننا نجدها في مادة التعويض عن الاضرار ،في حالة الخطا الجسيم . ترفض بصفة قطعية تطبيق المادة 1150/ مدني فرنسي والمتعلقة بالتعويض عن الضرر المتوقع وتلزم من كان متسببا فيه بالتعويض الكامل عن كل الضرر الحاصل .

والخلاصة التي يمكن ان ننتهي اليها ،من خلال هذا العرض الموجز ،هي ان الوضع التشريعي والقضائي والفقهي في فرنسا بصفة عامة ،يسوى بين الغش والخطا الجسيم من حيث الاثر ،ومعنى ذلك ان القواعد المتعلقة بالغش تنطبق ايضا على المدينين حسني النية . وبهذه الطريقة يكون المشرع قد وضع المدين حسن النية في نفس المركز القانوني للمدين سيء النية وهي نتيجة -كما نرى- يأباها المنطق ولا تستقيم مع مقتضيات العدل فضلا عن انها تصطدم الى حد كبير مع المبادىء القانونية العامة ،وذلك لان النظام التشريعي

---

(1) نقض عرائض 1929/6/26 في دالوز الدورى ، 1930 ، 1961 .

./.

ذاته يعمل باستمرار على بيان هذا الاختلاف بين حالة الغش التي تقوم على فكرة سوء النية والتي يتعرض صاحبها الى جزاء اشد من ذلك الذى يتعرض له من لم يكن سلوكه مشوبا باية نية احتيال • ومن هذا المنطلق يجب ان يكون المشرع اكثر حماية للمدين حسن النية واكثر قساوة وشدة بالنسبة للمدين سيء النية • وهو الاسلوب الذى لا يستجيب فقط للعدل بل يتفق مع ما يقضي به القانون في كثير من الاحوال •

وبناء على ما تقدم لا يكون للتسوية بين المدين حسن النية والمدين سيء النية وبين الخطأ الجسيم والغش اثارا موغوبا فيها من الناحية القانونية • بل ان مثل هذا الاجراء سوف يفتح مجالا واسعا للتناقض بين النصوص القانونية لا يرجى معه الا زعزعة وخلخلة للنظام القانوني والتشريعي الذى ينبغي ان تتسم انظمته وقواعده بنوع من التناسق المنطقي الذى يراعي في المقام الاول مقتضيات العدل والمساواة • وهذه النتيجة التي خلصنا اليها ، لا يمكن تجاهل قيمتها القانونية ونحن بصدد الحديث عن مشكل الخيرة • فالعميد " جوسران " وهو من انصار الخيرة في حالة الغش يابى بل ويظهر اكثر عداء لمبدأ التسوية الذى تضمنته القاعدة القديمة سالفة الذكر والمكرسة في اغلب التشريعات الحديثة (Culpa lata dolo acquiparatur)
ولا شك ان موقف هذا الفقيه ، وان بدا غريبا عند البعض ، فهو في راينا يعتبر تداركا للنقص الذى تضمنته قاعدة التسوية بين الخطأ الجسيم والغش • فضلا عن ان موقفه هذا ، يتماشى الى حد بعيد مع نظريته في الخيرة والقائمة كما راينا على فكرة سوء نية المدين • وفي نفس هذا السياق ، تصبح الخيرة وفق التحليل الذى ينادى به " جوسران " واتباعه ، صحيحة وسليمة الا برفض ونبذ التسوية بين الخطأ الجسيم والغش على النحو الذى سلف بيانه •

هذا ومع التسليم بامكان قيام الخيرة عند هؤلاء فانه يجب التذكير في الاخير بانه اذا كانت الخيرة تبررها فكرة الاحتيال وسوء نية المدين • فلا

يجوز والحال كذلك - التوسيع من نطاق انطباق نص المادة 1150 مدني فرنسي بل يجب ان يقتصر مداه على الاخطاء العمدية فقط، اى ان الدائن في حالة الاخلال بالالتزام الذى يرجع الى الخطأ الجسيم للمدين، لا يمكن له ان ينقل دعواه من النطاق العقدى الى النطاق التقصيرى • للاحتجاج بقواعدها • وهذا يتفق تماما مع ما نوهنا اليه قبلا، وهو انه لا توجد فروق جوهرية بين الخطأ من حيث الطبيعة • بل كل ما يمكن التسليم به هو ان الاخطاء واحدة • مهما كانت درجات خطورتها • وعلى هذا النحو لا توجد ثمة اية صعوبة في تفسير فكرة التشديد في قواعد المسؤولية العقدية حالة وقوع خطا جسيم من المدين • والظاهر ان هذه القسوة التي يعامل بها المدين في حالة الخطأ الجسيم، لا تصلح باى حال من الاحوال كاساس قوى، لتقرير في تغيير نوع او طبيعة المسؤولية المدنية القائمة (1) •

المبحث الخامس = الخبرة وشروط الاعفاء من المسؤولية •

في الواقع لا تثير حرية التعاقد اى صعوبة عندما يتعلق الامر بمشكل الاختصاص او الاعذار مثلا لكن الصعوبة تظهر بصفة خاصة عندما نحاول معالجة قضية الشروط القاضية بالاعفاء الكلي او الجزئي من المسؤولية المدنية بنوعيها وهكذا يصبح مثار التساؤل في هذا الموضوع، يدور حول مدى فعالية مثل هذه الشروط في كلتا المسؤوليتين •

ولا شك ان القضاء الفرنسي متبوع باغلبية الفقهاء هناك لا يعترف بمثل هذه الشروط ان وجدت للاعفاء الكلي او الجزئي من المسؤولية التقصيرية باية فعالية وذلك على تقدير ان هذه الاخيرة تعد من صميم النظام العام الذى تابى قواعده الامرة اى تعتبر في احكامها من حيث التحديد في المدى او التغيير في الاثر •

---

(1) راجع مارتين، الرسالة المشار اليها، ص152 وما بعدها •

لكن الامر على خلاف،عندما تتعلق مثل هذه الشروط بالمسؤولية العقدية المرتبطة بالمصالح الخاصة للعاقدين • فهذه المسؤولية تخضع في الاصل لمشيئتهم وفقا لما يرغبون • فهم احرار في التغيير من احكامها ،لانها ليست مرتبطة بالنظام العام ومن ثم ليس هناك ما يمنع في الراجح من قيام مثل هذه الشروط الخاصة بين العاقدين في بند من بنود العقد •

ومعلوم ان صحة هذه الشروط بالنسبة للمسؤولية العقدية وبطلانها بالنسبة للمسؤولية التقصيرية ،يثير لا شك اهمية بالغة بالنسبة لموضوع الخيرة •

أ) بالنسبة للقانون الفرنسي =

اولا ،يلاحظ ان القانون المدني الفرنسي في الاصل ،لا يعرف حلولا عامة وحاسمة في المسألة ،غير ان الترتيبات القانونية الوحيدة التي يمكن الاستهداء بها والاستناد اليها هي تلك التي تتعلق بالشرط الجزائي والمنصوص عليه في المادة 1152 مدني فرنسي وكذلك ما ورد في المادة 1150 مدني والخاص بالخطأ العقدي الى جانب ما يمكن وجوده في بعض النصوص الخاصة ببعض العقود •

ب) اما القضاء الفرنسي =

فهو يعتمد اساسا في حلوله عند عدم وجود نص خاص في المسالة على ما تمليه عليه المبادئ العامة للقانون او ما تقتضيه بعض الضرورات العملية • فمثلا نجد المحاكم هناك ،لكي تعترف لمثل هذه الشروط بالفعالية في تحديد مدى مسؤولية احد العاقدين ،ضرورة ان تكون مثل هذه الشروط مدرجة في العقد وهذا ما نلمس له اثرا بالنسبة للشروط المنشورة عن طريق الاعلانات وهي الشروط التي اعترف القضاء بصحتها ولكن شريطة ان يقبلها الطرف المتضرر صراحة بعد علمه بها • وغير خاف ما لهذه الشروط من خطورة حقيقية خاصة في الوقت الحاضر وذلك مع تزايد المخاطر بانتشار عقود كثيرة كعقود الاذعان مثلا التي نادرا مالا تتضمن مثل هذه الشروط الخطيرة ••

ومع هذا التزايد الكمي للاخطار الاجتماعية ،كان لا بد على القضاء ، الوقوف دائما الى جانب المضرور والسماح له خلافا للمعتاد بالاحتجاج بالقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية ، بدلا من القواعد العقدية التي كثيرا ما لا تسعفه الى اقتضاء الحق كاملا عن الضرر الذى نزل به خاصة عندما تكون مسؤولية احد العاقدين مشلولة بوجود شرط الاعفاء في العقد . وهنا تظهر حدة مشكل الخيرة بل ويكاد يرتبط في الغالب بهذه المسالة ارتباطا كبيرا ...

ويكاد تحيل هذا الموضوع على الصعيدين الفقهي والقضائي ، مركز الصدارة وذلك فيما اثاره من مجادلات عنيفة بين الفقهاء . كان لها اكبر الاثر في خلق جو قضائي متذبذب بين احكام تعترف لمثل هذه الشروط بالفعالية واخرى لا تعترف لها بها .

واول تيار فقهي اظهر عداءه لصحة مثل هذه الشروط هو التيار التقليدى ولقد كان لهذا الاتجاه السائد اكبر الاثر في توجيه بعض التشريعات الخاصة التي لم تعتد بهذه الشروط في بعض العقود وبخاصة في عقد النقل البرى للبضائع . وهذا ما يوضحه قانون RABIER الصادر في تاريخ 1905/03/17 ، وكذلك في عقد النقل الجوى للاشخاص والبضائع وهذا ما يجسده القانون الفرنسي الصادر في 1924/05/31 . ويتدرج قانون 1936/04/02 والمتعلق بالنقل البحرى للبضائع ايضا في نفس هذا السياق اذ لا يعترف هو الاخر بحجية هذه الشروط ومن ثم فهو لا يرتب عليها اى اثر من ناحية تحديد المسؤولية الواقعة على كاهل احد الطرفين .

اما القانون المدني الفرنسي فهو في الاصل يعترف لمثل هذه الشروط بالفعالية ولكنه يحد من اثارها فقط في حالة الغش والخطأ الجسيم للمسؤول (انظر المادة 1150 مدني) وهو الحل الذى تبناه المشرع الجزائرى في المادة 2/178 اما القضاء الفرنسي ، ونظرا لعدم وجود تصريح يحسم المسالة فقد اعترف لمثل هذه الشروط ببعض القيمة فقط .

./.

واذا اردنا تسليط الضوء على تطور القضاء الفرنسي في هذا الشان، امكننا القول بانه في القرن 19 لم تعترف محكمة النقض هناك بصحة هذه الشروط في نطاق المسؤولية عن الفعل الشخصي ولكن بعد 1874 تغير مجرى القضاء خاصة بعد الحكم الصادر في 1874/02/04 من طرف محكمة النقض والذى اعترفت فيه لمثل هذه الشروط ببعض القيمة • حيث اصبح الاثر الوحيد لشرط الاعفاء من المسؤولية ليس هو التحلل نهائيا من المسؤولية حالة وقوع الضرر ولكن هو نقل عبء الاثبات • ولقد اندرجت عديد من الاحكام القضائية في هذا التجه • نذكر من بينها ما اصدرته الغرفة المدنية لمحكمة النقض في 1915/11/09 والذى قررت فيه صراحة بان شرط الاعفاء من المسؤولية ينقل عبء الاثبات •

على ان هناك بعض الاحكام جاءت على هامش هذا التيار القضائي العام لمحكمة النقض حيث قررت خلافا له بان شرط الاعفاء كما يوحي به مضمونه هو شرط عدم مساءلة فعلا ولكن ليس له من اثر سوى استبعاد المسؤولية العقدية المتعلقة به ومعنى ذلك ان هذا الشرط لا يستبعد المسؤولية التقصيرية التي تعد من صميم النظام العام •• وهي الاحكام التي افادت في واقع الامر، والى حد كبير بامكان الاعتراف بقانون الخيرة • هذا وتجدر الاشارة الى الحكم الذى اصدرته محكمة استئناف باريس في 1949/11/23 والذى جاء فيه على الخصوص بان شرط عدم المسؤولية يعتبر مشروعا في كل مرة لا يتعلق "بخطا جسيم " وهو تقريبا نفس الحل الذى قالت به الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض عندما اعترفت بصحة هذه الشروط ومشروعيتها في حالة الاخطاء البسيطة (1) •

ويظهر مما سبق، ان القضاء الفرنسي بصفة عامة، قد تطور في اتجاه مؤيد

(1) نقض اجتماعي 1948/08/3 في دالوز 1948، 536•

./.

لفكرة صحة شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية تاركا وراءه الحلول القديمة التي كانت تقول بفكرة نقل عبء الاثبات ٠

اما عن مسؤولية المدين سيء النية ،فلا مراء في انها تقوم كاملة حتى يوجد شرط الاعفاء (2/178) وتقوم هكذا دون اى تحديد او تقييد ٠ لان شرط الاعفاء ان وجد ،لا اثر له مع حالة الغش القائمة ٠ واذن فلا قيمة لمثل هذه الشروط اذا كان حدث الضرر قد تسبب فيه بسوء نيته او بعبارة اخرى مساوية ان هذه الشروط تعتبر باطلة وغير صحيحة ٠

والملاحظ ،ان المحاكم الفرنسية ،مجمعة اليوم او تكاد تكون كذلك في هذه النقطة بالذات - اى في مدى صحة شروط الاعفاء من المسؤولية - على تاييد فكرة التسوية بين الغش والخطا الجسيم ٠ وهكذا ،تقرر المحاكم الفرنسية بعدم صحة شرط الاعفاء من المسؤولية وبالتالي بعدم فعاليته ايضا ،عندما يكون المدين قد اقترف خطا فادحا (راجع المادة 2/178) ولقد سبقت دراسة هذه المسالة بالقدر الذى يغني عن اى استفاضة ٠

والخلاصة هي انه في الحالة الراهنة للقانون المدني الفرنسي والجزائرى ،تعتبر شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية صحيحة اذا لم يرتكب المدين سوى خطا بسيطا اويسيرا وباطلة في الاحوال التي يقترف فيها المدين غشا او خطا جسيما ٠

اما من حيث مداها - اى في حالة وقوع جريمة جنائية - اثر الاخلال بالالتزام العقدى فان الراى الان يجمع على عدم قبولها ٠

وهذا ما يمكن الاخذ به في الجزائر في ظل قانوننا المدني لان الاعتراف لمثل هذه الشروط في هذه الاحوال - بالفعالية - يكون معناه من الناحية المنطقية السماح للمدين بالتحلل من مسؤوليته عن اخطاء فيها مساس بجوهر النظام العام وتطويق لاركانه ٠ ثم ان التسليم بصحة هذه الشروط - يفيد في واقع الامر اننا اعترفنا باثار الاتفاقات المخالفة للنظام العام والتي هي كما نعلم باطلة من الاساس بنص القانون (راجع المادة 3/178 مدني جزائرى) ٠

٠/٠

خـــاتمـــــة =

والخـــلاصـة التـي يمكـن ان ننتهـي اليهـا ، من خـلال هـذه الدراسـة هـي ان المسؤولية العقديـة لا تختلـف عن المسؤوليـة التقصيريـة من حيـث الطبيعـة والجوهـر ، سـواء فـي القانون او فـي الشريعـة الاسـلاميـة .

وعليـه ، اذا كـانت المسؤوليـة العقديـة لا تتحقـق الا بظهـور الخطأ فـي مسلـك المتعاقـد عندمـا يحصـل الاخـلال بالعقد (م 176) فان المسؤوليـة التقصيريـة ايضـا لا يمكـن تصـور قيامهـا من حيـث الاصـل الا فـي حالـة انحراف الشخص عن ضـابـط سلوك الرجـل المعتـاد (م 124) ومن جهة اخرى فانه يشترط فيهما ان يكـون الخطـأ سببـا ضروريـا ولازمـا لاحداث الضرر اي يكون الضرر سواء في المسؤولية العقدية او المسؤوليـة التقصيريـة نتيجـة طبيعيـة للخطأ (م182/1) ، وهـذا الشرط في واقـع الامـر يقتضيـه كما هـو معلوم ـ لزوم الضـرر في المسؤولية المدنية بصفـة عامـة وذلـك تطبيقـا للقاعـدة التي مفادهـا "لا مسؤوليـة مدنيـة بدون ضـرر" (م124) ويقتضيـه من جهـة ثانيـة ركن السببيـة الذى يستوجـب لقيام المسؤولية ـ ان تكـون العلاقـة بين الخطـأ والضـرر علاقـة السبب بالمسبب . وعليـه اذا ثبت ان هـذه الرابطـة كانت غيـر مباشـرة او غيـر محققـة فلا مسؤولية . (راجع المادة 176) .

وبنـاء عليـه يمكـن تعريـف المسؤوليـة المدنيـة بانها ذلك الجزاء القانوني الـذى يرتبـه المشرع على الاخـلال بالالتـزام العقدى او بالواجبات القانونيـة بصفة عامـة .

علـى ان هذا الاتحـاد بينهـا في الجوهـر ، ليس بشرط كافـي وضـروري لمنع قيـام بعض الفـروق التنظيميـة بينهما ارادتهـا النيـة الشارعـة والصانعـة للمادة القانـونيـة انطلاقـا من بعض الحقائـق الخاصـة بالعقد من جهة والقانون من جهـة اخرى . لذلك جاء كـل نوع من انواع المسؤولية المدنيـة حافـلا وزاخـرا بتنظيم خاص يستجيـب فـي المقـام الاول الى ما تمليـه طبيعـة الامور او تستدعيـه في بعض الاحيـان مستلزمات العـدل .
(انظر المواد الخاصـة بالاعـذار وبالتضامن و بالتقادم) .

واذا كـان هذا النظـام التعاقدى للمسؤولية المدنية يمتاز ببعض القيـود التي تجعلـه

مختلفا عن النظام التقصيرى العام لها ،فان هذا الاختلاف في التنظيم - لا يفيد في راينا استقلالا جوهريا بينهما كما انه لا يستبعد امكان تطابق الوضع التعاقدى مع الوضع القانوني واخلال النظام التقصيرى العام محل النظام التعاقدى ،في العلاقات العقدية الناشئة بين طرفي العقد ،ليكون بالتالي للمضرور عقديا ،ان كانت هذه هي رغبته ،ان يختار بدل الدعوى العقدية القائمة له اصلا الدعوى التقصيرية وفقا للمواد 124 وما بعدها •

على ان السماح للمضرور بمثل هذا الاجراء القانوني الجديد ،مرهون بتوافر جملة من الشروط• نذكرها فيما يلي =

- اولا - الا نكون بصدد التزام عقدى بحت• لان الاخلال بهذا النوع من الالتزامات مهما كانت درجة خطورته - لا يقيم الا المسؤولية العقدية اى سواء رجعت واقعة عدم التنفيذ الى غش المدين او خطئه الجسيم اوكان الاخلال مكونا لجريمة جنائية والسبب في ذلك يرجع الى ان الغش او صفة الاجرام لا يمكن ان يغيرا من طبيعة الالتزام العقدى البحت والذى لا يقم حالة الاخلال به الا المسؤولية العقدية •

- ثانيا - الا يكون المتعاقدان قد اختارا مسبقا النظام التقصيرى يحكم العلاقة بينهما • لان الاتفاق على ذلك جائز بقول القانون (م 178 مدني جزائرى) وليس فيه ما يتعارض مع النظام العام • طالما ان المقصود بالاتفاق هنا هو تطبيق القواعد التقصيرية وليس استبعادها وعليه فان القواعد العامة المختارة هي التي تكون واجبة التطبيق حالة اخلال المدين بالتزامه العقدى ،وليس القواعد العقدية • وهذه المسالة كما راينا تدخل في موضوع تحديد نطاق المسؤولية ولا تفيد الخيرة بادق معانيها الفنية والقانونية • اى ان هذا الامر لا يوحي في حقيقة الامر بالاختيار ولا يثير البتة فكرة المفاضلة بين الدعويين • وانما يثير مشكل تفسير الارادة العاقدة ،التي ارادت منذ البداية ان تطبق القواعد التقصيرية بدل القواعد العقدية •

وبناء عليه ،فان الاخلال بالالتزام العقدى البحت لا يقيم الا المسؤولية العقدية :

./.

ومن ثم لا وجه للادعاء بالقواعد التقصيرية فيه حتى ولو رجع الاخلال الى غش المدين او خطئه الجسيم بل حتى ولو اعتبر الاخلال مكونا لجريمة جنائية "لان مثل هذه الالتزامات لا يمكن تصورها بدون العقد • كما انه لا يعتبر الاخلال بها انحرافا عن السلوك خارج على العقد فرض عدم وجوده • فلو فرضنا ان المدين - قبل ابرام العقد لم يقم بها فانه لا يمكن مساءلته عقديا لان العقد لم يقم اصلا ولا تقصيريا اذ لا خطأ في عدم قيام الشخص بامر لم يلتزم به على الاطلاق • وهكذا فان الالتزام العقدى البحت في هذه الحالة لا مصدر له غير العقد • ولا يمكن تصوره بدونه • وعليه لا مكان للمسؤولية التقصيرية التي تفترض اخلالا من المدين باحدى الواجبات العامة المقررة قانونا " •

ومن الملاحظ، ان الخيرة، رفضت من طرف البعض بناء على هذا التحليل •لان الاخلال بالالتزام العقدى كان في رايهم لا يقيم الا المسؤولية العقدية • وذلك على تقدير ان مثل هذه الالتزامات لا مصدر لها غير العقد ولا وجود لها بدونه • والواقع ان هذه النتيجة لا تصدق على كافة الالتزامات العقدية • وهنا يكمن ضعف هذه النظرية •لان هناك نوعا من الالتزامات العقدية يعتبر في ذات الوقت واجبات قانونية عامة تقيم في حالة الاخلال بها خطأ يبرر قيام المسؤولية التقصيرية الى جانب المسؤولية العقدية، ليكون للمضرور على هذا النحو• ان يختار بينهما • والعلة في ذلك هي ان العقد اذا كان يضيف التزامات جديدة بين طرفيه فهو في الواقع لا ينهي ما يكون متصورا بينهما من واجبات عامة قبل قيام العقد • على تقدير مثلا ان الدائن تنازل عنها ضمنا • لان التنازل ولو حصل بالفعل وبطريقة صريحة لكان تنازلا باطلا (المادة 3/178) ؛

وهكذا يمكن القول، بانه لا يوجد ما يمنع، في ظل النصوص القانونية الحالية، من قيام المسؤوليتين معا وفي ذات الوقت• ولا يوجد ما يمنع الخيرة بينهما اذا كان الفعل الذى ترتب عليه الضرر اخلالا عقديا وانحرافا سلوكيا • خارج علاقات العقد على فرض عدم وجوده •

وعلى ضوء هذه الحقيقة، يمكن ان نقرر النتائج التالية =

1 - لا يترتب على الاخلال بالالتزام العقدى مسؤولية عقدية فقط • بل يمكن ان تقوم الى جانبها المسؤولية التقصيرية • لان العقد لا يقوى على استبعادها من الناحية القانونية •

2 - ان شروط المسؤولية التقصيرية لا تتوافر فقط عند وقوع الفعل الضار خارج العقد بل تتحقق شرائطها ايضا حتى في العلاقات العقدية اذا كان الاخلال بالالتزام العقدى مشكلا لخطأ تقصيرى ، يمكن تصوره على فرض عدم وجود العقد •

3 - انه لا يوجد ما يمنع من تطابق الوضع القانوني مع الوضع التعاقدى خارج الالتزامات العقدية البحتة • ليكون للمضرور الحق في ان يختار بينهما وفقا لمصلحته •

وعلى هذا الاساس، نرى بانه اذا كان يصح القول بان المسؤولية العقدية هي جزاء الاخلال بالالتزام العقدى ، فان القول بان الالتزام العقدى لا يقيم الا المسؤولية العقدية ، وهو قول غير سديد ويعوزه السند • ذلك ان الاخلال بالالتزام العقدى - يقيم في بعض الاحيان المسؤولية التقصيرية الى جانب المسؤولية العقدية على النحو الذى سبقت الاشارة اليه • وهو ما يدعونا الى رفض الفكرة التي سادت في بعض الاوساط الفقهية والتي مفادها ان المسؤولية العقدية هي ميثاق العلاقات التعاقدية وان المسؤولية التقصيرية هي ميثاق العلاقات غير التعاقدية ، واعتناق الفكرة التي تجعل من المسؤولية التقصيرية مسؤولية عامة ، تنطبق على الجميع سواء كانوا متعاقدين او اغيار لان العبرة ليست هي بصفة الشخص ولكن العبرة هي بمدى توافر شروطها •••

واخيرا ، يمكن ان ننوه الى ان "الخيرة" كاجراء قانوني ليست مسالة مرتبطة بخطورة اوفداحة الاخلال بالالتزام العقدى ، ذلك ان الاخلال بالالتزام العقدى البحت مهما كانت خطورته ومهما كان وصفه ، لا يبرر قيام الخيرة للدائن المتضرر بين الدعويين • لان الدعوى التقصيرية غير قائمة اصلا •• وعلى العكس اذا كان الالتزام العقدى غير بحت ، فان الاخلال به ، حتى ولو لم يرجع الى غش المدين او خطئه الجسيم يمكن ان يثير مشكل الخيرة بالنسبة للدائن ، لكن شريطة ان تكون واقعة عدم التنفيذ مشكلة لخطأ تقصيرى على فرض عدم وجود العقد •

•/•

وهكذا ، يجب رفض كل النظريات التي علقت نظرية الخيرة على سوء نية المدين وكذلك تلك التي علقها على خطورة وفداحة الاخلال بالالتزام العقدي . لان الخيرة ، ليست جزاء مشددا تسلط على المدين سيء النية . بل هي اجراء قانوني يبحث في امكان تطبيق القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية على بعض العلاقات التعاقدية ، استنادا الى بعض المعطيات القانونية واستجابة الى بعض متطلبات العدل ايضا .

وفي اعتقادنا الراسخ ، ان مثل هذا الاجراء ، ليس فيه ما يتعارض مع النصوص التشريعية لقانوننا المدني في مادة المسؤولية كما انه يعتبر اكثر مطاوعة للفكر الاشتراكي الذى يسعى دائما الى الاخذ بيد " المضرور " في اقتضاء حقه كاملا في التعويض .

" تم بعون الله "

صفحة

./.

صفحة

./.

صفحة

./.

صفحة

./.

صفحة

•/•

صفحة

المراجع العامة

1 ـ باللغة العربية =

1 ـ د · احمد حشمت ابو ستيت ـ نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد الطبعة الثانية 1954·

2 ـ اسماعيل غانم ـ النظرية العامة للحق ،الطبعة2 ـ 1968·

3 ـ عبد الحي حجازى ـ النظرية العامة للالتزام ـ مصادر ـ طبعة1958

4 ـ عبد الرزاق احمد السنهورى ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ مصادر الالتزام ـ طبعة 1952·

5 ـ عبد المنعم فرج الصده ـ مصادر الالتزام 1958·

6 ـ فتحي الدريني ـ نظرية التعسف في استعمال الحق ـ الطبعة الثانية 1977·

7 ـ زهدى يكن ـ المسؤولية المدنية او الاعمال غير المباحة الطبعة الاولى ·

8 ـ وهبة الزحيلي ـ نظرية الضمان في الفقه الاسلامي ـ الطبعة الاولى 1970·
ـ الفقه الاسلامي في اسلوبه الجديد ،الجزء الاول ـ الطبعة الثانية ·

9 ـ د · صوفي حسن ابو طالب ـ الوجيز في القانون الروماني ،الجزء الاول 1968

10ـ صبحي المحمصاني ـ النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ،الجزء الاول ،الطبعة 2 ـ 1972·

11ـ د · محمد حسنين ـ الوجيز في نظرية الالتزام ـ 1979·

12ـ د ·مامون الكزبرى ـ نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي ،الجزء الاول ،مصادر ،الطبعة الثالثة 1974·

13ـ وحيد الدين رضا سوار ـ القانون المدني الجزائرى ،الجزء الاول 1975·

14ـ يوسف نجم جبران ـ النظرية العامة للموجبات ،مصادر ،طبعة1978·

15ـ سمير السيد تناغو ـ نظرية الالتزام 1975·

16ـ حسن علام ـ موجز في القانون القضائي الجزائرى ،الجزء الاول طبعة 1971·

·/·

17ـ يحي بكوش ـ ادلة الاثبات في القانون المدني الجزائرى والفقه الاسلامي ،طبعة 1981 ·

2 ـ مراجع متخصصة ورسائل =

01ـ د · حسن الخطيب ـ نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي القارن ،رسالة دكتوراه 1955 ·

02ـ د ·عبد السلام التونجي ـ المسؤولية المدنية للطبيب،رسالة دكتوراه القاهرة ،طبعة 1967 ·

03ـ محمود جمال الدين زكي ـ مشكلات المسؤولية المدنية ،الجزء الاول 1978 ·

04ـ حسين عامر وعبد الرحمان عامر ـ المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية 1979 ·

05ـ حبيب ابراهيم الخليلي ـ مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي 1979 ·

06ـ مصطفى مرعي ـ المسؤولية المدنية في القانون المصرى 1936 ·

07ـ سليمان مرقس ـ المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية 1958 ·

3 ـ الدروس والمحاضرات =

01ـ د · علي علي سليمان ـ محاضرات في نظرية التعسف في استعمال الحق لطلبة الماجيستير 1979 (غير مطبوعة) ·
ـ محاضرات في المسؤولية المدنية لطلبة الماجيستير 1979 (غير مطبوعة) ·

02ـ فتحي الدريني ـ دروس في نظرية التعسف واثرها في التقنين المدني الجزائرى ،القيت على طلبة الماجيستير 1981 ،معهد الحقوق ـ بن عكنون ـ الجزائر منشورة على الالة الكاتبة ·

03ـ السيد بغدادى ـ دروس في مصادر القانون المدني الجزائرى ، القيت على القضاة المتربصين بالدار البيضاء الجزائر العاصمة 1977 ·

04ـ د ٠وحيد الدين رضا سوار ـ محاضرات في الاتجاهات الحديثة للقانـــون المدني الجزائرى ،القيت على طلبة الماجيستير 1980 غير مطبوعة ٠

05ـ محمود جمال الدين زكي ـ محاضرات في المسوءولية المدنية ،القيت علـــى طلبة الماجيستير 1981ـ غير مطبوعة ٠

4 ـ التشريعات =

01ـ الميثاق الوطني 1976 ٠
02ـ الدستور الجزائرى ٠
03ـ الامر رقم 75ـ58 الموءرخ في 1975/09/26 والمتعلق بالقانون المدني ٠
04ـ الامر رقم 75ـ31 الموءرخ في 1975/4/19 والمتعلق بالشروط العامة لعلاقـات العمل في النظام الخاص٠
05ـ قانون رقم 78ـ12 الموءرخ في 1978/8/5 والمتعلق بالقانون الاساس العـــام للعامل ٠
06ـ قانون رقم 82ـ06 الموءرخ في 1982/2/27 والمتعلق بعلاقات العمل الفردية ٠
07ـ الامر رقم 66ـ154 الموءرخ في 1966/6/8 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية ٠
08ـ الامر رقم 66ـ155 الموءرخ في 1966/6/8 المتعلق بقانون الاجراءات الجزائية الجزائرى ٠
09ـ الامر رقم 66ـ156 الموءرخ في 1966/6/8 والمتعلق بقانون العقوبات الجزائرى ٠
10ـ القانون المدني المصرى الصادر بالقانون رقم 131 لعام 1948 ٠
11ـ التقنين المدني الفرنسي ـ دالوز ـ 1982ـ1983 ٠

Ouvrages Généraux

01/ Genevive VINEY : Traité de droit civil(les Obligations et la responsablité civil) 1982.

02/ N. TERKI: (Responsablité civil et regime général)OPU.1982.

03/ P. LETOURNEAU: La Responsabilté civil.2è édit. 1976.Dalloz.

04/ B. Starack: Droit civil, les obligations. 1972.

05/ A. Weil: Droit civil, les obligations. 1971.

06/ S/J. Carbonnier: Droit civil, 6è édit, Paris 1969.

07/ Mazxtunc: Traité théorique et pratique de la responsablité civil, 6è édit. 1965.

08/ Josserand: Cour de droit civil français.3 édit. 1933.

09/ DEMOGUE: Traité des obligations et général. Paris1923-1933.

10/ Vialard: Droit civil, la responsablité civile .OPU.1977/78.

11/ A. Lourdjane: Le code Algerien de procédure pénalē, édit. SNED. 1977.

THESES:

- SANNE BARRAT: L'Assistance bénévole portée à autrui, thèse Lille 1971.
- MAURICE COZIAN: L'action directe.thèse DIJON. 1969.
- A.ABDELWAHAB: Le concours de la responsabilté contractuelle et la responsabilité delectuelle en droit Français et Suisse.Thèse Genève 1963.
- Pièrre PACHE: La distinction des Obligations de moyen et des obligations de resultat ou droit français et son application en droit Suisse.Thèse LAUSANNE 1956.
- H. KHATIB: Domaine de la responsablité civile délictuelle et contractuelle en droit français et Irakien,thèse Paris 1955.
- E.N.Martine: L'option entre la responsablité contractuelle et la responsablité délictuelle, thèse, CAEN1955.
- SEGUR: La notion de faute contractuelle en droit civil français, thěse Bordeaux 1954.

./.

- BEHMAN: La responsabilité sans faute, thèse Paris 1953.
- ZAKI : La bonne foi dans lacquisition des droit, thèse Paris 1951.
- G. ROCHE: Les causes d'éxoneration de la responsabilité contractuelle et délictuelle, thèse GRENOBLE 1950.
- B.STARCK: Essai d'une thèse générale de la responsabilté civile considéreé en sa double fonction de garantie et de peine privée. thèse Paris 1947.
- J. SAVATIER: Etude juridique de la profession libérale, thèse Poitiers 1947.
- RABUT: De la notion de faute en droit privée, thèse Paris1946.
- A.TUNC: Le contrat de garole, thèse Paris 1941.
- A. WEILL: La relativité des convention en droit privée français thèse Strasbourg. 1939.
- V. JOSSERAND: La faute lourde, thèse, DIJON. 1934.
- P. JOATTAN: Essai critique sur la thèse gle de la responsabilité civile, thèse Lyon 1933.
- V.RYN: La responsabilté aquilienne et contrats, thèse Brouxelles 1933.
- F.CHABAS: La déclaration de volonté civile en droit civil français, thèse Paris 1931.
- A.BRUM: Rapports et domaine de la responsabilité contractuelle et la responsabilté delictuelle, thèse Lyon 1931.
- G. MUGUET: L'idée de resp.civile, son evolution, thèse Paris 1922.
- ROUBIER: Essai sur la responsabilté précontractuelle, thèse Lyon 1911.
- GORISSE: De la quotité de la reparation en droit civil, thèse Lille 1911.
- HUGUENEY: Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, thèse Dijon 1910.
- JAPIOT: Des Mullités en matière d'actes juridiques, thèse Dijon 1909.
- HAMER: de la responsabilité des coanteurs de delits ou de quasi delits civils, thèse Poitiers 1908.
- LEGROS: Essai d'une théorie générale en cas de la nullité des contrats, thèse Dijon 1900.

./.

- AUBIN: Responsabilté delictuelle et responsabilité contractuelle thèse BOURDEAUX 1897.
- G.MOULIN: Unité de la responsabilité, thèse Rennes 1892.

ARTICLES :

- CORNU: R.T. Civile 1962.
- HXL. Mageaud: R.T. Civil 1960.
- J. VANRYN: Revue juridique Belge 1957.
- EISMIEN: R.T. Civil 1949.
  "   " 1934.
  "   " 1933.
- G. Steffaine: Revue juridique et économique 1933.

مجلـة القانـون والاقتصـاد .